

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Eléments d'un cadre normatif

Willems, Christian; Gérard, Philippe; van der Mensbrugghe, François; Poulet, Yves

*Published in:*

Les aspects juridiques des autoroutes de l'information

*Publication date:*

1996

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Willems, C, Gérard, P, van der Mensbrugghe, F & Poulet, Y 1996, Eléments d'un cadre normatif. Dans *Les aspects juridiques des autoroutes de l'information*. FUNDP. CITA, Namur, p. pag. mult.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **Seconde partie**

### **Eléments d'un cadre normatif**

(Yves Poulet, Valérie Willems,  
avec la collaboration de Philippe Gérard et de François van der Mensbrugghe)

## Introduction

On assiste actuellement, notamment en raison de la convergence entre les technologies des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel, à une transformation considérable du marché électronique de l'information donnant naissance à une véritable "société de l'information". L'importance de cette évolution est soulignée à de multiples reprises dans le Livre blanc de la Commission européenne sur la croissance, la compétitivité et l'emploi<sup>17</sup>. Les autoroutes de l'information ("Information Superhighways") dont Internet constitue, selon nombre d'auteurs<sup>18</sup> l'augure prometteur<sup>19</sup>, sont l'épine dorsale de cette société de l'information. A propos de ces autoroutes, s'élaborent des politiques de transformation de nos sociétés destinées à hâter l'avènement de ladite société de l'information. La célèbre "National Information Infrastructure Policy"<sup>20</sup> devenue la "Global Information Infrastructure Policy", pour souligner la nécessité de la prise en compte du caractère mondial de la transformation sociétale induite<sup>21</sup>, a été relayée notamment<sup>22</sup> en Europe par le rapport Bangemann sur l'Europe et la société de l'information planétaire<sup>23</sup>. Un tel rapport a suscité, dans de nombreux pays de l'Union européenne, et même en Belgique, des rapports et initiatives nationales<sup>24</sup> : la

- 
- 17 Commission de l'Union Européenne, "Croissance, Compétitivité, Emploi - Les défis et les pistes pour entrer dans le 21ème siècle", Livre Blanc, Bruxelles, 5 décembre 1993, COM(93) 700 final.
  - 18 Sur Internet, voyez notamment : M. ROBERTS, "The emerging Global Information Infrastructure", *T.D.R.*, 1994, Sept-Oct., pp. 15 et s.
  - 19 A ce propos, voyez : J. HART, R. REED, F. BAR, "The building of Internet. Implications for the future of Broadband networks", *Telecommunications Policy*, 1992, pp. 666 à 689; J.-P. LAFRANCE, "La T.V.I., L'autoroute électronique, Internet et les superhighways de l'avenir : Vers une restructuration de l'industrie audiovisuelle", *T.I.S.*, 1994, 12, pp. 401 à 430.
  - 20 "The National Information Infrastructure : Agenda for Action", Information Infrastructure Task force, NTIA-NII Office (Washington D.C.), 15 septembre 1993. A propos de ce document, voyez notamment : J.D. BLAKE, L.J. TIEDRICH, "The national information infrastructure initiative and the emergence of the electronic superhighway", *Federal Communications Law Journal*, vol. 46, pp. 397 et s.; S. GOULD, CRS Report for Congress, "U.S. Telecommunications infrastructure : projected future evolution", 3 février 1993. Voyez également : W.C. CLINTON, A. GORE, "Technology for America's Economic Growth. A new direction to Build Economic Strength", White House, Washington, D.C., 1993.
  - 21 Sur la création de cette commission et son rôle, voyez : D.L. DOUGAN, "The Global Information Infrastructure", *T.D.R.*, 1994, Sept. Oct., pp. 1 et s.
  - 22 Aux Pays-Bas : "Elektronische snelwegen, van metafoor naar actie", Actieprogramma; Au Canada, Minister of Supply and Services, "Privacy and the Canadian Information Highway", octobre 1994; Au Royaume-Uni, "Developing broadband communications in the UK", Draft, 24 October 1994; Au Danemark, Ministry of research, "Info-society 2000", novembre 1994; En Finlande, Council of State, "Developing a finnish information society", Decision in principle, 1995.
  - 23 Rapport Bangemann, "L'Europe et la société de l'information planétaire- Recommandations au Conseil européen", Bruxelles, 26 mai 1994. Voyez aussi : Livre Blanc de la Commission européenne sur la croissance, la compétitivité et l'emploi; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, "Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action", COM(94) 347 final.
  - 24 Voyez notamment : en France, le rapport dit "THERY" du nom de son auteur, "Les autoroutes de l'information", Rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation française, Octobre 94; au

récente conférence du G7 tenue à Bruxelles les 24, 25 et 26 février de cette année figure, de ce point de vue, comme une étape importante de la consécration internationale du mythe de la société de l'information<sup>25</sup>.

Il est vrai que les développements technologiques à la base de ces autoroutes de l'information auront des conséquences sur les usages des entreprises, des administrations et des personnes<sup>26</sup>. Par exemple, le télétravail et la télésurveillance modifieront vraisemblablement les relations au sein des entreprises et des administrations, les réseaux d'échange de données et les systèmes de vidéoconférence, celles entre les entreprises et les administrations elles-mêmes. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer les impacts d'applications telles que le télé-achat, la téléformation sur les relations entre les entreprises et leurs clients, ni les conséquences positives de l'introduction de nouvelles technologies dans les relations entre le citoyen et son administration. Enfin, les habitudes des citoyens devraient être influencées par l'apparition de nouvelles formes de loisirs (vidéo à la demande, jeux interactifs ...).

L'avènement de cette société de l'information nécessite l'adoption d'un cadre juridique nouveau, à tout le moins l'adaptation du cadre juridique actuel. En effet, la convergence entre les technologies des télécommunications et de l'audiovisuel va entraîner un choc des réglementations : les deux secteurs ont traditionnellement fait l'objet d'approche réglementaire radicalement séparée, le premier générant des communications privées, le second des communications publiques sur un spectre dont l'étendue était initialement limitée.

Les exemples de cette approche réglementaire quasi dichotomique sont nombreux tant au niveau national qu'au niveau européen : séparation des instances régulatrices encore accentuée dans les pays fédéraux<sup>27</sup> et donc des politiques suivies; séparation au niveau communautaire des organismes de normalisation; réglementation du contenu en matière d'audiovisuel afin de protéger le public et afin de maintenir les identités culturelles locales, réglementation de l'accès et des techniques de transport en matière de télécommunications; libre concurrence dans le secteur de l'audiovisuel, maintien de situations monopolistiques dans le secteur des télécommunications du moins pour les services "de base".

En outre, les compétences communautaires dans les deux secteurs ne sont pas identiques. Ainsi, alors que le domaine des télécommunications relève clairement — dans le respect du principe de subsidiarité — des compétences de la Communauté européenne, tout ce qui touche à l'aspect culturel, prédominant en matière d'audiovisuel, reste de la compétence des États membres. L'article 128 du Traité prévoit uniquement la prise en compte des aspects culturels dans toute action de la Communauté européenne ainsi que la possibilité pour celle-ci, en complément des actions entreprises par les États membres, d'adopter à l'unanimité des recommandations, par exemple en matière de création artistique et littéraire dans le secteur de l'audiovisuel, ou des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation.

La présente étude analyse les questions juridiques posées par cette évolution technologique. Après une brève description du marché (I), celles-ci sont abordées dans un premier temps (II) du point de vue du producteur des biens et services d'information au cours des différentes étapes de son activité économique : accès au marché, production de biens et services d'information. La commercialisation de ces biens et services dans le respect des règles de fonctionnement du marché est envisagée dans un deuxième temps (III). Au-delà de ces règles propres au marché de l'information, la prise en compte de la dimension plus sociétale du développement de ce marché, à savoir la prise en considération des droits et libertés de l'utilisateur, envisagé cette fois comme citoyen et non plus comme consommateur, formera l'essentiel des considérations du dernier point (IV).

Royaume-Uni, "The Information Superhighway : Britain's Response, P.I.C T., Policy Research Paper, n° 29; Chair's conclusions of the G-7 leaders Summit, "A shared vision of human enrichment", Naples, juillet 1994.

25 A propos de ce mythe, voyez : Y. POULLET, "Marché de l'information ou société de l'information : au-delà d'une terminologie, les enjeux d'un choix et les conditions de réussite", *Journal de Réflexion sur l'Informatique*, 1995, p. 38-40.

26 Voyez *supra* le prolégomène de la partie I.

27 Ainsi, en Belgique mais également en Allemagne, l'Etat fédéral est-il actuellement compétent pour réglementer les télécommunications alors que la radiodiffusion relève des compétences des communautés.

## Chapitre I. Le marché des biens et services d'information

La présente étude porte sur les différents biens et services d'information qui permettent l'accès à des informations données et leur utilisation, le terme "bien et service d'information" devant être entendu dans son sens le plus large. Il s'agit notamment des CD-Rom, des banques de données en ligne, des services vidéotex et audiotex. La numérisation des signaux, la compression numérique, le développement de technologies de transmission telles les fibres optiques et les satellites de diffusion, les nouveaux terminaux (télévisions à haute définition et terminaux multimédia) entraînent une modification de ce marché. Deux conséquences sont dès aujourd'hui visibles. D'une part, tous les services (y compris les services téléphoniques et télévisuels) pourront désormais être fournis via n'importe quel support de transmission qu'il soit propre aux télécommunications - réseaux téléphoniques - ou à l'audiovisuel - réseaux câblés, réseaux hertziens terrestres ou par satellite. D'autre part, cette convergence permettra la création de nouveaux biens et services d'information qui intègrent à la fois le texte, l'image et le son, et ceci le cas échéant de manière interactive.

Les nouveaux services "d'information" sont extrêmement variés : bases de données interactives ou non (avec intégration possible d'images virtuelles), jeux interactifs, télévisions payantes à la carte, diffusion de films à la demande. L'accès à ces services pourrait s'accompagner d'un choix des modalités de vision (par exemple : choix de la langue, demande d'informations supplémentaires, choix de l'angle de vue ...) qui lui-même pourrait déterminer le type de publicité qui serait visionné. D'autres services sont envisageables : télésurveillance, télé-achat, téléconférence ou vidéotéléphonie. Enfin, des applications télématiques, qui seraient rendues possibles grâce aux réseaux transeuropéens, sont prônées dans le Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi : télétravail, téléformation, télémedecine, téléadministration<sup>28</sup>.

Les développements technologiques qui viennent d'être décrits vont entraîner de profondes modifications des caractéristiques du marché des biens et services d'information. D'une part, la taille de ce marché va s'internationaliser en fonction de l'étendue des réseaux ou autres moyens de transmission assurant la fourniture des biens et services. D'autre part, de nouveaux acteurs vont apparaître sur le marché. Ainsi, à côté des opérateurs

---

<sup>28</sup> Voyez le chapitre 3 sur les réseaux transeuropéens du Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi.

de télécommunications et des fournisseurs de services d'information, entreront vraisemblablement sur le marché d'autres types de transporteurs, des fabricants de hardware et de software, des sociétés de radiodiffusion, de production de films, d'édition. En témoignent les opérations de regroupement qui ont lieu actuellement aux États-Unis et plus timidement en Europe et qui célèbrent le mariage de trois mondes que le droit et l'économie avaient cloisonnés jusqu'à présent, ceux des télécommunications, de l'informatique et des médias.

La création de ces conglomerats industriels est d'ailleurs indispensable au développement de la nouvelle société de l'information vu l'ampleur des investissements à entreprendre pour permettre la numérisation des signaux et des réseaux, l'apparition de technologies de transmission encore plus performantes ou encore la création de nouveaux équipements terminaux et vu les risques liés à l'incertitude quant au développement futur de ce marché.

## Chapitre II. L'accès au marché et la production de biens et services d'information

Le parcours du producteur d'un bien ou service d'information est semé de diverses embûches, les unes concernant l'accès même au marché des biens et services d'information (2.1.), les autres risquant d'apparaître lors de la production de ces biens et services (2.2.).

### 2.1. L'ACCÈS AU MARCHÉ DES BIENS ET SERVICES D'INFORMATION

Les deux premières conditions d'accès au marché des biens et services d'information sont, d'une part, l'accès à la propriété et, d'autre part, la possibilité légale de fournir les services visés. L'accès au marché est, de manière générale, favorisé par une standardisation des éléments de ce marché.

#### 2.1.1. Les obstacles à la possession et à la fourniture transsectorielles

En l'état actuel des textes réglementaires en Europe, il existe de nombreux obstacles qui ont été institués dans un souci de sauvegarde du pluralisme<sup>29</sup>. Ces obstacles consistent tant dans les limites de la participation par une entreprise relevant du secteur des médias au capital d'une autre entreprise du même secteur ou du secteur des télécommunications qu'à la fourniture transsectorielle de services par ces mêmes entreprises. En outre, ces réglementations, qui ne sont restrictives qu'à l'égard de certains des acteurs du futur marché de l'information, divergent selon les États membres, ce qui risque, à l'avenir, de créer des distorsions de concurrence et de favoriser des phénomènes de délocalisation.

Les réglementations restreignant la possession transsectorielle ont traditionnellement pour objet la garantie du pluralisme et visent surtout les entreprises de presse et de radiodiffusion. Elles n'empêchent généralement pas directement une prise de participation par les exploitants de télécommunications au capital d'entreprises de presse ou de radiodiffusion. Par contre, ces dernières, outre le fait qu'économiquement leur capital est de dimension plus réduite, obtiendront difficilement une participation dans une

<sup>29</sup> Voyez *infra*, point 4.2.4.

entreprise de télécommunications si celle-ci reste la propriété de l'État, comme c'est souvent encore le cas dans les États membres.

Certains États membres ont préféré opter pour des limitations en terme de fourniture de services et non de propriété, ce qui produit indirectement le même effet qu'une restriction à la possession transsectorielle. La possibilité, pour des entreprises de télécommunications, de fournir des services audiovisuels ou celle, pour des entreprises du secteur des médias, de fournir des services de télécommunications n'est pas clairement établie dans la plupart des États membres<sup>30</sup>.

Il est donc très important de repenser l'ensemble de ces règles afin de permettre l'accès au marché de nouveaux acteurs qui, à défaut d'y entrer, pourraient disparaître et, afin de cantonner dans des limites acceptables l'inévitable renforcement de position dominante d'acteurs déjà présents sur le marché.

Outre les difficultés d'accès au marché résultant de l'existence de réglementations nationales, le danger existe qu'à l'avenir, suite aux nombreux regroupements d'acteurs qui caractérisent l'émergence de la société de l'information, les prestataires de services multimédia ou autres se voient refuser - ou soumettre à des conditions disproportionnées - l'accès aux diverses infrastructures par les propriétaires de celles-ci. Cette crainte est accentuée par le constat que ces propriétaires seront vraisemblablement soucieux de favoriser la transmission de services fournis par des entreprises relevant du même groupe économique que le leur.

Les prestataires de services discriminés pourraient, dans une telle hypothèse, se référer au respect du droit de la concurrence. En effet, les règles interdisant les abus de position dominante s'appliqueraient, avec l'inconvénient majeur toutefois de n'intervenir qu'*a posteriori*.

Afin d'éviter que l'accès au marché ne soit retardé par de telles collusions d'intérêts, il serait souhaitable de prôner l'approche choisie par l'Union européenne en matière de télécommunications visant à créer un cadre réglementaire harmonisé pour l'accès aux services et infrastructures publiques de télécommunications. Cela reviendrait à élargir l'application des règles dites d'ONP ("*Open Network Provision*") notamment aux satellites et réseaux de câblodistribution<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Pour une analyse de ces réglementations nationales : OCDE, "Télécommunications et radiodiffusion : Convergence ou collision ? ", PIIC, n°29, Paris.

<sup>31</sup> Sur ce thème, voyez : V. WILLEMS, "Quelques problèmes réglementaires soulevés par l'avènement de la société de l'information", *Journal de Réflexion sur l'informatique*, 1995, à paraître.

La directive cadre<sup>32</sup> en la matière permet de garantir aux prestataires de services de télécommunication libéralisés un accès *a priori* aux infrastructures publiques de télécommunications dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires. Un tel concept, conçu originellement dans le contexte d'un environnement partiellement libéralisé quant à la fourniture de services et non libéralisé quant à celle des infrastructures, doit être adapté de manière à pouvoir s'appliquer dans un environnement totalement concurrentiel<sup>33</sup>. L'imposition de conditions de fourniture, d'utilisation et de conditions tarifaires transparentes, objectives et non discriminatoires pourrait être établie à charge des seuls opérateurs en position dominante, celle-ci pouvant résulter tant de l'existence d'une certaine part de marché que de la localisation sur un marché géographique spécifique.

### 2.1.2. L'influence positive de la standardisation

L'établissement de "réseaux transeuropéens", que ce soit dans le domaine des chemins de fer, de l'électricité ou des télécommunications, nécessite, à côté d'une certaine harmonisation des réglementations, une standardisation des normes techniques.

C'est cette normalisation qui permettra notamment la fourniture transfrontière de services d'information, créant une interopérabilité par le biais de passerelles entre les différents systèmes grâce à des interfaces adéquates.

Par ailleurs, la normalisation peut aussi servir d'autres objectifs, tels que la sécurité des systèmes, la protection des utilisateurs, l'intégrité des données, et plus généralement la qualité des services et des produits, notamment par la définition de normes minimales d'exigences, assorties de procédures de certification (et, le cas échéant, de "labels" de qualité).

Il faut insister sur le fait que les procédures de normalisation doivent permettre la représentation et dès lors la prise en compte des divers intérêts en présence.

En outre, les conséquences de l'existence d'organismes de normalisation distincts suivant les secteurs d'activité - à savoir pour l'Europe, l'ETSI pour les télécommunications et le CEN-CENELEC pour l'audiovisuel - doivent

<sup>32</sup> Directive du Conseil n° 90/387, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 1.

<sup>33</sup> Voyez : Commission européenne, Livre Vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble, partie II, "Une approche commune de la fourniture d'infrastructures de télécommunications au sein de l'Union européenne", 25 janvier 1995, pp. 75 et s.; Commission européenne, Communication relative au Livre Vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble, 3 mai 1995, COM (95) 158.

faire l'objet d'une évaluation, afin de s'assurer que cette situation n'encourage pas la persistance d'approches réglementaires fragmentées ou dichotomiques; dans un tel cas, la coordination des travaux des divers organismes doit absolument être assurée.

La Commission a fait état de sa position sur la question de la normalisation face au problème des droits intellectuels<sup>34</sup>, quant aux droits et obligations respectifs des organismes européens de normalisation et des titulaires de droits intellectuels, et quant aux objectifs d'une politique européenne de normalisation, tout en rappelant les exigences de droit communautaire (concurrence, non discrimination). Le problème se pose avec une acuité particulière dans le secteur des télécommunications, où le débat n'est pas achevé malgré l'adoption de nouvelles règles au sein de l'ETSI. La difficulté de combiner les exigences de la normalisation avec les impératifs de la concurrence et la nécessité de protection des droits intellectuels est grande et devra se résoudre rapidement au vu des premières expériences.

La volonté déclarée dans le Livre blanc de la Commission sur la croissance, la compétitivité et l'emploi, d'accélérer les processus de normalisation et de renforcer l'efficacité des mécanismes actuels<sup>35</sup> risque de relancer les discussions et d'augmenter l'importance des enjeux<sup>36</sup>.

## 2.2. LA PRODUCTION DE BIENS ET SERVICES D'INFORMATION : LES CONDITIONS FORMELLES DU DÉVELOPPEMENT DU MARCHÉ DE L'INFORMATION.

La libéralisation de l'accès pour l'offre de biens et de services d'information et la normalisation constituent certes des conditions de base à cette offre de biens et de services. Toutefois, une fois le marché ouvert certaines barrières réglementaires peuvent en entraver le fonctionnement. De manière plus positive, l'adaptation de certaines réglementations peut, dès lors, constituer un facteur puissant du développement de ce marché. Sans prétendre être exhaustif, nous en identifions quatre :

- une protection adéquate des créations nouvelles par les droits de propriété intellectuelle peut rassurer les investisseurs (2.2.1.);

<sup>34</sup> Commission européenne, Communication, "Droits de propriété intellectuelle et normalisation", 27 octobre 1992, COM(92) 445 final.

<sup>35</sup> Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi, *op.cit.*, p. 24.

<sup>36</sup> Sur l'importance de la standardisation, voyez : J.R. REINDENBERG, "Rules of the road for global electronic Highways : synergizing the trade and technical paradigms", 6, *Harvard Law Journal*, 1993, pp. 287 et s..

- une politique d'accès aux données détenues par le secteur public ou plus largement une politique visant à créer une administration électronique créera les conditions d'une offre par l'administration et en aval par l'ensemble du marché, de biens et de services nouveaux (2.2.2.);
- une protection efficace des producteurs de biens et services contre le piratage, l'accès non autorisé ou la concurrence déloyale permet d'augurer du développement d'un marché "sain" (2.2.3.);
- enfin, une réglementation acceptant la preuve et la signature électronique est indispensable pour le développement de transactions relatives à ces biens et services électroniques (2.2.4.).

### 2.2.1. Difficultés de production liées à l'existence et à l'exercice de droits de propriété intellectuelle

Les questions liées à la propriété intellectuelle qui se posent lors de la production de biens et services d'information s'accroissent dans le cadre de la production multimédia en raison de la multiplication du nombre d'auteurs impliqués et des régimes juridiques applicables.

En effet, puisque le multimédia englobe à la fois, et sous forme numérisée, des images, des sons, des textes, les producteurs souhaitant créer une oeuvre au départ de matériaux existants se trouvent face à d'importantes difficultés quand il s'agit de savoir ce qu'il leur est autorisé de faire et ce pour quoi ils doivent obtenir des autorisations. La portée des droits exclusifs, de même que les exceptions à ces droits - droit de citation, usage pédagogique, résumés - varient selon les États membres. Si une harmonisation paraît difficile, une clarification des règles serait à tout le moins bénéfique, de même qu'une meilleure information de toutes les parties concernées.

Le recours aux nouvelles technologies permet de faciliter l'identification des titulaires de droits et l'obtention des autorisations. Ainsi ont été mises en évidence par la doctrine<sup>37</sup> certaines techniques dites de "tatouage" des oeuvres sur support numérique, le tatouage pouvant comprendre des informations sur les oeuvres, les titulaires de droit et les conditions d'obtention des autorisations. Deux exemples illustrent notre propos. L'industrie cinématographique américaine a développé un système d'empreintes digitales ("Cyphertech system") apposées sur la copie originale d'une oeuvre audiovisuelle et permettant d'identifier l'oeuvre et les parties, voire les images de celle-ci. En France, l'Agence pour la protection des programmes (APP) a

<sup>37</sup> Voyez notamment : P. GYERTYANFY, "L'utilisation de l'informatique pour résoudre les problèmes soulevés par l'informatique dans le domaine du droit d'auteur", Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, Le Louvre, Paris, France - 1er-3 juin 1994, Actes du Colloque, pp. 199 et s.



mis au point un système de dépôt de logiciels et d'oeuvres numériques par numérotation. Chaque oeuvre serait dotée d'un numéro d'identification mentionnant, entre autres, le pays de dépôt, la date de dépôt, le type d'oeuvre et les conditions d'obtention des autorisations. Le numéro pourrait être inscrit non seulement sur le support matériel mais aussi dans le corps même de l'oeuvre, ce qui permettrait d'identifier toute modification non autorisée.

A côté de ces systèmes de "tatouage" des oeuvres, l'identification des titulaires de droit et l'obtention des autorisations peuvent être facilitées par une meilleure ou nouvelle conception de la gestion collective. Une meilleure information sur les organismes existants est souhaitable et l'affiliation des titulaires de droits à des sociétés de gestion collective devrait être encouragée. Par ailleurs, les sociétés de gestion collective devraient être incitées à conclure entre elles des accords réciproques, et à obtenir, dans des conditions équitables pour tous, les catalogues de droits les plus larges possibles. De même, des critères et des grilles devraient être établis de commun accord pour faciliter la discussion et la négociation du montant des redevances en fonction de l'utilisation envisagée.

Il importe de noter que certaines sociétés de gestion de droit disposent déjà de catalogues électroniques sous forme de bases de données et délivrent des licences en utilisant la technique numérique. Ainsi, les bases de données du "Copyright Clearance Center" aux États-Unis ou de la "Copyright Licensing Agency" au Royaume-Uni contiennent-elles des informations sur les données bibliographiques et les conditions de délivrance des journaux ou périodiques qu'elles contiennent.

Au-delà de ces aménagements des structures existantes, certains auteurs<sup>38</sup> et organisations suggèrent de faire cohabiter à l'avenir trois types de protection : la protection traditionnelle par le droit d'auteur ou le copyright, une protection contractuelle et une protection technique.

Des propositions combinant la protection par le droit d'auteur à une protection par le droit des contrats méritent de retenir l'attention. Ainsi, le professeur Kitagawa<sup>39</sup> préconise-t-il d'établir un système de transaction contractuel ("copymart system") composé de deux bases de données. La première ("copyright market") comprendrait des informations qui seraient

<sup>38</sup> Voyez entre autres : H. PERRITT, "Knowbots, Permissions Headers and Contract Law", Conference on Technological Strategies for Protecting Intellectual Property in the Networked Multimedia Environment, Montreal, April 2-3 1993

(disponible sur Internet : [gopher://ming.law.vill.edu:70/99/chron/papers/files/Elec.N](http://gopher://ming.law.vill.edu:70/99/chron/papers/files/Elec.N));

P. SAMUELSON, "Copyright, digital data, and fair use in digital networked environments", (disponible sur Internet : <http://www.droit.umontreal.ca/CRDP/Conférences/AE/biogr>).

<sup>39</sup> Z. KITAGAWA, "Ordinateurs, techniques numériques et droit d'auteur". Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, Le Louvre, Paris, 1er - 3 juin 1994, Actes du Colloque, pp.119 et s.

préalablement enregistrées par les titulaires de droits, relatives aux droits de propriété intellectuelle, à leur étendue et aux conditions d'autorisation, et serait facilement accessible par les utilisateurs qui pourraient également obtenir les autorisations ou licences nécessaires. La deuxième ("copy market") permettrait aux utilisateurs d'obtenir copies des oeuvres, sur demande, moyennant rémunération et dans le respect des conditions figurant dans la première base de données. Le système repose sur la conclusion de minimum trois contrats, l'un entre le propriétaire du système et les titulaires de droits qui serait relatif aux informations insérées dans le "copymart system", l'autre entre le propriétaire du système et les utilisateurs concernant l'accès aux bases de données, le troisième entre les utilisateurs et les titulaires de droits en cas de transmission de copies d'oeuvres. Une attention devrait toutefois être portée aux différents droits nationaux qui requièrent, dans certains cas, que le contrat de cession soit écrit et signé.

Dans le même sens, l'Institut de propriété intellectuelle japonais a suggéré l'établissement d'une centrale d'information numérique ("Digital Information Center") chargée de l'administration collective des droits déposés volontairement par leurs titulaires. Des licences d'utilisation pourraient être accordées par le centre sur la base des informations préalablement délivrées par les auteurs et ayants-droit. Des *royalties* seraient collectées par le centre et remboursées aux titulaires de droits. La question de la nature publique, ou à tous le moins de service public, de cette centrale est bien évidemment posée.

Ces solutions technico-contractuelles, qui doivent bien entendu être volontaires pour ne pas dénaturer totalement la philosophie du droit d'auteur, permettraient d'éviter qu'à l'inverse de ce qui se passe parfois actuellement, les demandes d'autorisation adressées aux titulaires de droits ne soient pas suivies de réponse. Des incitants pourraient être proposés afin d'accroître la généralité du système, tel que l'établissement d'un lien entre l'enregistrement dans le système et l'opposabilité de certaines opérations juridiques<sup>40</sup>. Ces solutions présentent, de plus, le grand avantage de supprimer tout risque de discrimination et d'abus de position dominante et permettraient dès lors de limiter le recours à des mécanismes de licences non volontaires qui sont l'antithèse même du droit d'auteur. Toutefois, force est de reconnaître que si elles renforcent la position stratégique des auteurs, elles vident quelque peu le droit d'auteur de sa substance en le transformant en une sorte de droit à rémunération.

A propos des prérogatives non patrimoniales des auteurs, ce qu'il est convenu d'appeler le "droit moral" de l'auteur, on peut se demander si les

<sup>40</sup> Cette mesure est suggérée par la commission présidée par le professeur SIRINELLI dont le rapport présenté au Ministre français de la Culture et de la Francophonie s'intitule "Industries culturelles et nouvelles techniques", Paris, Documentation française, 1994.

possibilités, induites par la technologie, de modification des oeuvres bien au-delà du simple coloriage, ou d'un changement de contexte d'une oeuvre, ne doivent pas amener un renforcement de ces prérogatives. Ainsi, que faut-il penser, de l'insertion de personnages dessinés tirés d'oeuvres pour enfants, dans des programmes pornographiques ? Ne faut-il pas permettre un exercice efficace des prérogatives du droit d'auteur, directement liées à la protection de sa personnalité ?

Enfin, à terme, dans une société où tous types d'informations (textes, sons, images, films) pourraient être rendus accessibles et envoyés à la demande, *via* un réseau, sur le terminal (à la fois PC et TV) de l'utilisateur à domicile, pour y être consultés, enregistrés, (photo) copiés, voire modifiés, les différences de régime juridique entre la copie privée d'une oeuvre audiovisuelle, la reprographie d'un texte ou la consultation d'une banque de données deviendront plus difficiles à opérer dans la mesure où, techniquement, ces actes se ressembleront de plus en plus. Dans la même optique, certains concepts de base du droit d'auteur devraient être repensés tels que les frontières entre le droit de reproduction — qui vise, en principe, la fixation matérielle d'une oeuvre — et le droit de communication au public qui, avec la numérisation, tendent à s'estomper<sup>41</sup>.

### 2.2.2. L'accès aux données détenues par le secteur public et plus largement l'Administration électronique

Dans la mesure où l'information détenue par le secteur public constitue une "matière première" primordiale pour le développement de certains biens et services d'information, telles les informations contenues dans le registre des sociétés commerciales, le registre des véhicules ou de nombreuses statistiques, il est indispensable de promouvoir l'accès à celles-ci. Il est à noter que cette politique de mise à disposition de l'information traitée ou générée par l'action administrative a été considérée dès le départ comme un des éléments de la "National Information Infrastructure Policy" américaine<sup>42</sup>.

Les recommandations et directives internationales<sup>43</sup> et les législations nationales d'accès consacrant comme une liberté fondamentale le principe de

41 Pour une analyse des questions de propriété intellectuelle soulevées par le développement des autoroutes de l'information, voir le rapport américain "Green Paper on Intellectual Property and the National Information Infrastructure", Working Group on Intellectual Property Rights.

42 Voyez sur ce point la position claire du gouvernement américain à ce sujet : "Our efforts will be guided by the following principles : (...) provide access to government information and improve government procurement in : "The National Information Infrastructure : Agenda for Action", *op.cit.*, p. 3.

43 Voyez principalement la recommandation R (81) 19 du Conseil de l'Europe, "L'accès à l'information détenue par les autorités publiques", adoptée par le Comité des Ministres le 25 novembre 1981. Au niveau communautaire, voyez notamment : Directive du Conseil n° 90/313, sur la liberté d'accès à l'information

l'accès à cette information, outre le fait qu'elles incitent l'Administration à développer une offre de services d'information disponibles en ligne ou sur disquettes (CD-Roms), favorisent aussi indirectement les entreprises développant des biens et services d'information<sup>44</sup>. Cependant, les disparités de législations entre les États membres, ou l'absence de celle-ci chez certains, sont autant d'entraves dans ce domaine.

Outre le principe lui-même, les conditions de mise à disposition de cette information accessible doivent également retenir l'attention :

- l'accès doit tout d'abord être octroyé aux demandeurs de manière non discriminatoire;
- la tarification de cet accès doit, entre autres, être envisagée au regard de la distinction entre l'information récoltée dans le cadre d'une mission d'intérêt général, et celle qui est recueillie mais également diffusée dans le cadre de cette mission. Dans ce dernier cas, le prix devrait être moins élevé. Par ailleurs, ce coût doit être également fonction de la forme sous laquelle cette information est disponible. Le prix de l'information doit enfin être imposé dans le respect des règles de concurrence et des droits de propriété intellectuelle<sup>45</sup>. Dans cette dernière optique, la proposition de directive sur la protection des bases de données permet, dans une certaine mesure, un compromis entre ces intérêts, en instaurant un système de licences obligatoires garantissant, dans des conditions équitables et non discriminatoires, un accès direct à l'information notamment lorsque elle est détenue par une administration ayant une obligation de la rassembler ou de la diffuser;
- le développement de "réseaux transadministratifs" — notamment le projet IDA repris dans le cadre du Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi<sup>46</sup> — rend possible en principe l'accès par une autorité administrative d'un État déterminé à une information administrative d'un ou plusieurs autres États; cela signifie-t-il qu'une entreprise qui veut accéder à cette information puisse faire, en s'adressant

relative à l'environnement, *J.O.C.E.*, 23 juin 1990; Communication 93/C156/05 de la Commission sur l'accès aux documents des institutions communautaires, *J.O.C.E.*, 8 juillet 1993.

44 C'est le but affirmé des "Guidelines for the synergy between public and private sectors in the information Market", produits par la Commission européenne dès 1987 et actuellement en révision. Sur ces Guidelines et la situation dans divers pays, voyez : C. de TERWANGNE, H. BURKERT, Y. POULLET (éd.), *Towards a legal framework for a diffusion policy by the public sector*, Computer Law Series, n° 14, Kluwer, 1995.

45 Directive du Conseil n° 91/250, du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, n° L 122 du 17 mai 1991; Proposition modifiée de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, COM(93) 464 final, SYN 393.

46 Voyez : Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi, *op.cit.*, p. 95. A ce propos : H. PERRITT, "Regulation and the National Information Infrastructure Conference on Business and Legal Aspects of the Internet and on Line Services", New York, 30 septembre 1994; H. PERRITT, "Public Information in the National Information Infrastructure", Report to the National Congress, 1994.

par exemple à son administration, l'économie des démarches auprès des administrations étrangères ? Si oui, à quelles conditions ?

Enfin, un élément qui semble déterminant est la forme sous laquelle l'information est disponible. Si l'utilisation d'un support particulier permettant le traitement aisé de l'information ne constitue pas en principe une obligation pour l'Administration, il convient de remarquer l'impact de cet aspect sur les possibilités de produire des biens ou services à partir de cette information, notamment en termes d'investissements. Certains auteurs préconisent l'adoption d'un principe dit de "proportionnalité", selon lequel l'Administration devrait rendre accessible l'information aux citoyens dans le même format que celui qu'elle utilise de manière interne. Ceci supposerait le devoir pour une Administration qui, en interne, rend disponible l'information en ligne à ses multiples agents, de la rendre également disponible sous la même forme, à l'extérieur. A ce propos, l'obligation, née de la loi du changement, d'adapter le fonctionnement et le mode de travail de l'Administration en fonction du progrès technologique pourrait également être évoquée.

Au-delà de l'accès aux données détenues par le secteur public, la "National Information Infrastructure Policy" envisage ce qu'elle qualifie de "Reengineering"<sup>47</sup> de l'ensemble de l'action administrative par l'utilisation des technologies. Sous ce terme, elle comprend l'offre, *via* des moyens électroniques, de multiples services traditionnellement rendus par l'Administration, telle la possibilité d'obtenir de l'Administration communale des formulaires et des conseils lors du remplissage de ces derniers, voire de leur renvoi. Nous reviendrons sur ces réflexions lors de l'analyse de la notion de service universel.

### 2.2.3. La nécessité d'une protection des producteurs de biens et services contre le piratage, l'accès non autorisé ou la concurrence déloyale

Le recours de plus en plus répandu aux nouveaux modes de transmission et de distribution de l'information, *via* des réseaux et des bases de données, produit un effet double et contradictoire :

- d'un côté, l'information (qui s'y trouve sous forme numérisée) peut être plus facilement reproduite (sans diminution de qualité), déchargée (down loading) et redistribuée sur d'autres réseaux ou *via* d'autres canaux; en ce sens, les nouvelles technologies facilitent le piratage et l'accès non autorisé à des sources d'information;

<sup>47</sup> Sur ce point, voyez : H. PERRITT, "Federal Electronic Information Policy", 63, *Temp. Law Review*, 1990, pp. 201-250.

- d'un autre côté, de nouveaux mécanismes sont progressivement mis au point qui permettent de contrôler, d'enregistrer tout accès aux services d'information et d'imposer les conditions de leur utilisation et de l'accès aux informations<sup>48</sup>; en même temps, ces techniques permettent la gestion des droits de propriété intellectuelle, voire la perception automatique des redevances (cartes à puce) ; en ce sens, les nouvelles technologies, quand les mécanismes adéquats sont utilisés, accroissent, d'une manière qui est sans précédents, les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

Il est incontestable qu'une industrie florissante ne se développera que si elle a les moyens (notamment juridiques) d'assurer un retour suffisant sur les investissements consentis.

#### 2.2.3.1. La protection par les droits de propriété intellectuelle

La création d'une oeuvre multimédia générée par un ordinateur soulève des questions quant à la notion d'oeuvre protégeable et de titularité. En effet, dans les systèmes de droit continental, pour qu'il y ait oeuvre protégeable, il faut, en principe, que les créateurs aient eu une idée du résultat souhaité et que l'oeuvre soit originale en ce sens qu'elle traduise un effort créatif personnel du ou des auteurs.

S'agissant d'une oeuvre multimédia réalisée au départ d'éléments existants protégés ou non, la directive sur les programmes d'ordinateur et la proposition de directive sur les bases de données clarifient le régime juridique applicable, offrant ainsi aux créateurs de logiciels et de bases de données la sécurité juridique nécessaire au développement du marché. La proposition de directive définit la base de données comme une collection de données, d'oeuvres ou de matières disposées, stockées et accessibles par des moyens électroniques et pourrait donc s'appliquer sans difficulté aux oeuvres multimédia.

Les textes communautaires protègent par le droit d'auteur le créateur d'un programme d'ordinateur original ou d'une base de données originale. Le créateur d'une base de données se voit également doté du droit d'interdire l'extraction et la réutilisation du contenu de la base de données, en tout ou en partie, à des fins commerciales, pour autant que ce contenu ne soit pas constitué d'oeuvres protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin, et ce indépendamment du caractère protégeable ou non de la base de données. Ce nouveau droit serait toutefois accompagné d'une série d'exceptions, les unes en faveur des utilisateurs légitimes, pour l'usage privé et personnel ou pour

<sup>48</sup> Voir notamment les systèmes comme CITED ("Copyright In Transmitted Electronic Documents") et les techniques de cryptage et de décodage.

l'utilisation à des fins commerciales<sup>49</sup>, de parties non substantielles du contenu, les autres instaurées sous forme de licences non volontaires à accorder dans des conditions équitables et non discriminatoires. Deux hypothèses sont visées, celle où le contenu de la base de données ne peut être créé, rassemblé ou obtenu d'une autre source et celle où la base de données est rendue accessible au public par une autorité publique<sup>50</sup> ayant une obligation générale de rassembler et de diffuser l'information ou qui a été créée dans ce but ou autorisée à le faire par la législation en vigueur. Notons également qu'à l'instar de la directive relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, la proposition de directive prévoit que seul l'employeur est habilité à exercer les droits patrimoniaux afférents à une base de données créée par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur.

Il importe de souligner que la qualification d'une oeuvre multimédia de base de données n'exclut pas d'autres qualifications dont les régimes de protection ne sont pas nécessairement compatibles. Ainsi, en droit belge, une oeuvre multimédia pourrait être qualifiée d'oeuvre littéraire<sup>51</sup>, éventuellement de collaboration ou indivise, ou d'oeuvre audiovisuelle<sup>52</sup>. L'oeuvre audiovisuelle est considérée comme une oeuvre de collaboration soumise à un régime particulier caractérisé par des présomptions de titularité et des limitations des droits moraux<sup>53</sup> qui ne se retrouvent pas dans le régime de protection traditionnel des oeuvres littéraires. La loi confère une présomption de titularité du droit d'auteur au réalisateur principal, à l'auteur du scénario, de l'adaptation, du texte, à l'auteur graphique pour les oeuvres ou séquences d'animation et à l'auteur des compositions musicales et attribue au producteur de l'oeuvre audiovisuelle, sauf disposition contraire, un droit exclusif d'exploitation audiovisuelle<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Dans ce dernier cas, la source des oeuvres ou des matières extraites devra être mentionnée.

<sup>50</sup> La proposition de directive parle d'"administrations publiques ou firmes et organismes publics".

<sup>51</sup> L'oeuvre littéraire est définie de manière très large à l'article 8 de la loi du 30 juin 1994 comme comprenant "les écrits de tout genre". Sachant que les logiciels sont assimilés à des oeuvres littéraires dans la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (*M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19315), il pourrait en être de même des oeuvres multimédia.

<sup>52</sup> L'oeuvre audiovisuelle n'est pas définie par la loi. Les travaux préparatoires font référence à un mélange de sons et d'images animées qui, montées, sont destinées à être projetées à un public. Toutefois, le droit français dont s'inspire la loi belge définit l'oeuvre audiovisuelle comme une séquence animées d'images, sonorisées ou non.

<sup>53</sup> En effet, le droit de divulgation est perdu si un coauteur refuse d'achever sa contribution ou se trouve dans l'impossibilité de le faire; de plus, tant que l'oeuvre n'est pas achevée, l'auteur ne peut faire valoir son droit de divulgation (articles 15 et 16 de la loi du 30 juin 1994).

<sup>54</sup> Article 14 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297; err. *M.B.*, 5 novembre 1994, p. 27467; err. *M.B.*, 22 novembre 1994, p. 28832; err. *M.B.*, 29 avril 1995, p. 11461. Voir M. LEDGER, V. WILLEMS, "Belgique, évolution législative en matière de propriété intellectuelle ?", *D.I.T.*, 1994/4, pp. 85-86.

Une fois assurée la protection des oeuvres multimédia par les droits de propriété intellectuelle, il convient d'être attentif aux dangers d'aboutir à une société où la majorité de l'information ne serait plus accessible que *via* des systèmes où l'accès est payant ou à tout le moins contrôlé.

En effet, selon l'acception large généralement donnée au terme de "reproduction", l'utilisation d'un logiciel et l'accès à une base de données, sont très facilement qualifiables de "reproduction" et dès lors soumis à autorisation du titulaire des droits. Il faut dès lors veiller, notamment par les mécanismes du droit de la concurrence et éventuellement le système de licences non-volontaires, à ce que les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas les instruments d'abus de contrôle ou de position dominante.

Par ailleurs, la seule accessibilité à l'information *via* des systèmes payants risque de renforcer certains mécanismes d'exclusion entre les "*information haves*" et les "*information have nots*"<sup>55</sup>.

En résumé, l'accès à l'information doit pouvoir être assuré à des conditions équitables tant pour les utilisateurs que pour les concurrents.

#### 2.2.3.2. La sécurité informatique et la répression de la criminalité informatique<sup>56</sup>

Des phénomènes aussi variés que l'accès non autorisé à un système de traitement automatisé, l'interception de communications informatiques, les manipulations de données ou de logiciels, la reproduction illicite de programmes d'ordinateurs, l'appropriation illicite de données, sont autant de comportements illicites que les droits nationaux tentent de réprimer. La convergence actuelle des télécommunications et de l'audiovisuel, en favorisant l'émergence de la société de l'information, va multiplier ce type de risque, voire permettre de nouvelles formes d'abus.

Par ailleurs, les techniques développées dans le cadre de la convergence pourront également, comme les techniques actuelles, servir la perpétration d'infractions plus traditionnelles comme l'incitation à la débauche, la calomnie, etc. Elles vont également, en augmentant le nombre d'utilisateurs, élargir considérablement le nombre de fraudeurs potentiels<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Voyez *infra* point 4.1.2.

<sup>56</sup> Voyez la définition donnée par un groupe d'experts auprès de l'OCDE : OCDE, "La fraude liée à l'informatique : analyse des politiques juridiques", Paris, PIIC, 1986, p. 7 : "tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données et/ou une transmission de données".

<sup>57</sup> Dans cette optique, on peut s'interroger sur le caractère adéquat de l'arsenal juridique existant, notamment en raison de la multitude des acteurs impliqués dans la communication et de l'impact de celle-ci sur la détermination des responsabilités respectives.

Dans un tel contexte, il devient crucial d'adopter des mesures de sécurité adéquates<sup>58</sup>. Celles-ci, pour être totalement efficaces, devront toutefois être accompagnées de dispositions, notamment pénales, sanctionnant leur non respect. La décision INFOSEC du Conseil en date du 31 mars 1992<sup>59</sup> définit les orientations générales d'un plan d'action dans le domaine de la sécurité des systèmes d'information.

S'il est un peu tôt pour cerner les diverses formes de criminalité favorisées par la convergence, il nous semble dès à présent nécessaire de focaliser l'attention sur les infractions d'interception de communications transmises par voie de télécommunications et d'accès illicite. En effet, que ce soit dans un intérêt économique ou afin de protéger des intérêts publics (sécurité publique) ou privés (protection de la vie privée), de nombreux services de la future société de l'information verront leur accès limité, et ce par différentes techniques (cryptage, brouillage, identification...). Il devient dès lors particulièrement tentant d'accéder illicitement à des services ou d'intercepter illégalement des données en cours de transmission. Toutefois, l'objectif légitime de protection du secret des correspondances<sup>60</sup>, qui fonde les interdictions d'interception de télécommunications, doit être mis en balance avec l'intérêt de l'État, pour des raisons de sécurité publique, de pouvoir accéder aux informations cryptées<sup>61</sup>. Cet accès de l'État ne devrait, en tout état de cause, pouvoir être réalisé que dans le respect de conditions légalement établies, à l'instar des réglementations autorisant les interceptions téléphoniques.

En réponse à ces phénomènes, des mesures pénales définissant et sanctionnant des comportements répréhensibles devront être adoptées. De telles mesures existent déjà dans la plupart des États membres. Il conviendrait toutefois d'examiner dans quelle mesure elles ont été rédigées en termes suffisamment larges — c'est-à-dire sans référence à une technologie déterminée — pour englober les formes de criminalité découlant des progrès technologiques constants. Dans tous les cas, ces mesures devront faire l'objet

<sup>58</sup> Le Livre Blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi précité met l'accent sur la sécurité des systèmes d'information et de communication comme condition d'un environnement réglementaire et politique de l'espace commun d'information.

<sup>59</sup> Décision du Conseil n° 92/242, 31 mars 1992, en matière de sécurité des systèmes d'information, *J.O.C.E.*, n° L 123 du 8 mai 1992, p. 19. Un projet de Livre Vert sur la sécurité des systèmes d'information en cours d'élaboration constitue un premier pas vers la formulation d'un plan d'action.

<sup>60</sup> Voyez *infra* point 4.2.1.

<sup>61</sup> A ce propos, on rappelle la controverse qui a lieu aux États-Unis suite à la tentative d'imposition d'une norme nationale de cryptage ("clipper chip/SKIPJACK") développée par la sécurité de l'État applicable aux "telephone related communications". L'objectif du gouvernement américain qui était, tout en veillant au respect de la vie privée des citoyens, de s'assurer la possibilité de se livrer à des écoutes téléphoniques sur le nouveau réseau digitalisé a rencontré une opposition massive des représentants de l'industrie et du public. Cette controverse montre bien la difficulté de trouver un équilibre entre les intérêts de sécurité publique et ceux relatifs au respect du secret des correspondances.

d'une harmonisation au niveau européen, non seulement en raison de la configuration internationale des réseaux de communication, mais aussi afin d'éviter la création de distorsions de concurrence ou encore l'émergence de "paradis" de la criminalité informatique. La ligne d'action I de la décision INFOSEC précitée prévoit l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'usage abusif et au mauvais usage de l'informatique et des télécommunications.

En Belgique, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de réglementation spécifique, cohérente et globale en matière de criminalité informatique. Quelques réglementations particulières traduisant le souci du législateur de ne pas laisser impunies ces nouvelles formes de criminalité ont toutefois été adoptées<sup>62</sup>, la plus remarquable d'entre elles étant la loi du 30 juin 1994<sup>63</sup> qui établit le principe d'interdiction d'écoute des communications et de télécommunications privées, tout en l'assortissant d'exceptions strictement délimitées au bénéfice du juge d'instruction. En l'absence de réglementation particulière, certaines juridictions belges se livrent à une interprétation extensive de dispositions existantes du Code pénal<sup>64</sup>, ce qui a pour conséquence le maintien d'une incertitude juridique certaine et d'une relative impunité<sup>65</sup>.

Enfin, il apparaît indispensable en complément de ce qui précède de donner aux organes de recherche et de poursuite les moyens et la formation nécessaires à une répression efficace, notamment en raison des difficultés d'identification des fraudeurs et, de manière générale, des problèmes de preuve de leurs infractions. L'article K, paragraphe 1, alinéa 7 du Traité sur l'Union Européenne, qui instaure un principe de coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres, pourrait constituer le fondement d'une action commune en ce sens.

<sup>62</sup> Voyez, entre autres, la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque carrefour de la sécurité sociale (*M.B.*, 22 février 1990, p. 3288); la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (articles 111 et 114, *M.B.*, 27 mars 1991, p. 197); la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*M.B.*, 18 mars 1993, p. 5801).

<sup>63</sup> Loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 24 janvier 1995, p. 1542.

<sup>64</sup> Il en est ainsi notamment de l'article 461 du Code pénal belge réprimant le vol qui a été appliqué à la copie illicite de programmes ou de données informatiques (entre autres, Anvers, 13 décembre 1984, *D.I.T.*, 1986/2, p. 93; Bruxelles, 31 janvier 1986, *Pas.*, 1986, III, p. 29), de l'article 491 du Code pénal relatif à l'abus de confiance ou de l'article 193 du Code pénal sanctionnant le faux en écritures.

<sup>65</sup> Voyez notamment : J. SPREUTELS, "Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique en Belgique", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, p. 161; B. DE SCHUTTER, "Où en est la fraude informatique ? ", in *Droit de l'Informatique - Enjeux - Nouvelles Responsabilités*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1993, p. 495.

### 2.2.4. La preuve et la signature électronique

L'adage populaire "un droit sans preuve, n'est pas un droit" témoigne à suffisance de l'importance de la reconnaissance légale de la preuve et de la signature électronique comme condition du développement des transactions électroniques. Ce développement est aujourd'hui encore limité à des cercles professionnels à l'exception de quelques applications qui demain se généraliseront en particulier dans le cadre des applications multimédia interactives (vidéo à la demande, télé-achat, etc.).

La possible multiplication des transactions électroniques grâce aux développements technologiques soulève donc, de manière cruciale, la question de la preuve des transactions ainsi opérées. Il n'existe pas *a priori* dans nos codes, de reconnaissance de la preuve et de la signature électroniques.

Un document électronique est-il un écrit, seul recevable au regard de l'article 1341 du Code civil belge et la signature électronique, qu'il s'agisse de la frappe d'un code secret ou de l'introduction d'une carte, peut-elle être reconnue comme une signature ?

Certes, dira-t-on, les dérogations conventionnelles à l'exigence légale de l'acte sous seing privé sont admises. Il n'empêche que dans le contexte de réseaux ouverts où les parties ne se connaissent pas au départ, la conclusion d'une convention préalable où les parties renoncent à se prévaloir des exigences légales est rendue impossible<sup>66</sup>.

La solution peut être cherchée dans l'adhésion à des Codes de conduite auxquels chaque partie se référerait et qui prévoiraient explicitement l'acceptation de l'exigence de l'écrit en même temps que l'obligation d'accomplir un certain nombre d'opérations de sécurité (accusé de réception, utilisation de la cryptographie, etc.)<sup>67</sup>.

Plus radicalement, on peut songer que le document et la signature électroniques doivent pouvoir accéder au rang respectivement d'écrit et de signature lorsque la technique permet de garantir à ces traces électroniques les

<sup>66</sup> A ce propos, voyez : M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND, M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991; Cf. également : I. de LAMBERTERIE et alii, "La valeur probatoire des documents informatiques", PROBAT, Etude réalisée pour la Commission européenne, 1990; F. GALLOUEDEC-GENUYS, *Une société sans papier ? Nouvelles Technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La documentation française, 1990; A. BENSOUSSAN, "Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique. Aspect juridique et solutions techniques", *Gazette du Palais*, 1991, 2, doct., p. 361 et s.

<sup>67</sup> Ainsi, l'accord type européen pour l'échange de données informatisées (E.D.I.) recommandé par la Commission des Communautés européennes, du 19 octobre 1994, concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, *J.O.C.E.*, 28.12.1994, n° L 338, p. 98. A ce propos, voyez les développements in *Lamy droit de l'informatique*, par M. VIVANT, C. LE STANC et alii, 5e éd., 1995, n° 2361 et s.

mêmes fonctionnalités que l'écrit et la signature traditionnels<sup>68</sup>. Ainsi, le document électronique qui permet de vérifier l'intégrité des données transmises, leur lisibilité par des moyens appropriés et la durabilité des inscriptions par la voie d'un archivage sûr, doit être qualifié d'écrit; de même, la signature électronique qui permet d'identifier sans risque d'erreur et de falsification l'émetteur d'un message et en outre, qui assure l'authentification de ce dernier par l'émetteur, doit être considérée comme une signature.

Au-delà de ces considérations prospectives, il est possible d'assurer la sécurité de la preuve d'une transaction en recourant à un tiers de confiance ("*Thrusted Third Party*")<sup>69</sup>, sorte de notaire électronique dont la fonction sera précisément d'authentifier l'origine, le destinataire, la date, voire le contenu d'un message et sa réception par le destinataire. La mise en place de ces "certificateurs" est une priorité de la Commission européenne.

Ceci dit, la formalité du double, c'est-à-dire de la production d'autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct, de même que les règles de protection des consommateurs invitent à s'interroger sur l'obligation qui pourrait être faite aux personnes qui désirent offrir des services transactionnels électroniques, d'émettre à destination du consommateur final une sorte d'accusé de réception reprenant le contenu de la transaction.

<sup>68</sup> Sur cette démarche, les propositions : Y. POULLET, "Probate Law : From Liberty to Responsibility", *EDI Law Review*, n° 2, 1994, p. 83-100; D. AMMAR, "Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique", *R.T.D. civ.*, 1993, p. 499 et s.

<sup>69</sup> C'est un des points majeurs du Livre Vert sur la sécurité des systèmes d'information en voie de publication par la Commission suite à ses "Orientation for an Action Plan in the field of the Security of Information Systems", *J.O.C.E.*, n° L 123/22.

## Chapitre III. Le fonctionnement du marché

Deux principes fondamentaux déterminent le fonctionnement du marché. La libre circulation en constitue un premier dont la compréhension du principe et de ses exceptions tant communautaires que nationales feront l'objet de nos réflexions. La libre concurrence, deuxième principe fondamental, affecte le jeu des acteurs, en particulier dans des secteurs où la convergence se traduit par les "mariages" de groupes industriels, financiers et de presse.

### 3.1. LA LIBRE CIRCULATION

#### 3.1.1. Le principe et ses exceptions en droit européen

Le cadre juridique général du marché des biens et services d'information est composé des règles du Traité de Rome relatives à la libre circulation des marchandises (articles 30 à 36 du Traité) et à la libre prestation de services (articles 59 à 66 du Traité)<sup>70</sup>. A côté de cet encadrement de principe, coexistent d'une part, des directives communautaires qui rappellent le principe de libre prestation de services dans les domaines respectifs de l'audiovisuel et des télécommunications et, d'autre part, des réglementations nationales divergentes couvrant uniquement certains services télématiques existant sur le marché et visant surtout à protéger les consommateurs<sup>71</sup>.

La conclusion des accords "*General Agreement on Trade in Services*" (G.A.T.S.) n'a pas remis en cause cet équilibre communautaire, l'Union européenne ayant, d'une part, déposé une série d'exemptions à la clause de la nation la plus favorisée dans tous les domaines audiovisuels où existent des actions ou réglementations communautaires et n'ayant pris, d'autre part, aucun engagement en vue d'une libéralisation de ce secteur ou d'une amélioration de son accès.

En raison de la convergence entre les technologies de l'audiovisuel et des télécommunications, ces directives communautaires risquent de devenir

---

<sup>70</sup> Le principe est celui, en l'absence d'harmonisation, de la libre circulation intracommunautaire des marchandises et de la libre prestation de services dans toute l'Union pour autant que soit respectée la législation du pays de production et/ou commercialisation de la marchandise ou celle du pays d'émission du service. Des dérogations à ce principe sont possibles moyennant le respect soit de l'article 36 du Traité, soit des articles 56 du Traité et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que des conditions développées par la Cour de justice.

<sup>71</sup> Afin de coordonner ces différentes approches, l'European Information Industry Association a entrepris l'élaboration de lignes directrices pour les services audiotex et vidéotex.



“inadaptées” tant au regard du principe de libre prestation de services qu’elles consacrent que dans les exceptions à ce principe qu’elles établissent, par exemple en matière de quotas audiovisuels et de contenu de la publicité diffusée. Ainsi, on peut se demander :

- dans quelle mesure la directive “Télévision sans frontières”<sup>72</sup> — qui ne couvre que les émissions de radiodiffusion télévisuelle définies comme “l’émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public” à l’exclusion des “services de communication fournissant, sur appel individuel, des éléments d’information ou d’autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires” — pourra être appliquée aux services de vidéo à la demande, aux émissions “pay per view” ou aux services interactifs ? Qu’entend-on par “programme télévisé”, par “autre service similaire” ? Si le critère devant être retenu est celui de l’appel individuel, on peut présumer qu’à tout le moins, les services de vidéo à la demande ne seraient pas couverts par la directive. Cela signifierait-il qu’ils ne seraient soumis à aucun contrôle ? N’y a-t-il pas là un risque supplémentaire de contournement des règles ?

Dans son Livre Vert d’avril 1994 sur les options stratégiques pour le renforcement de l’industrie des programmes dans le contexte de la politique audiovisuelle de l’Union européenne, la Commission européenne estimait que la définition de la radiodiffusion figurant dans la directive “Télévision sans frontières” “couvre des services tels que le *pay-per-view* ou la *quasi video-on-demand*, mais ne couvre pas des services de télécommunication tels que la *video-on-demand*”. Selon la Commission, le critère de rattachement à la sphère de la radiodiffusion semble être la destination du service au public, ce critère se caractérisant de manière technique par une communication “*point to multipoint*”, d’un point de diffusion vers de multiples points de réception. A l’inverse, lorsque la diffusion du programme est déclenchée par le téléspectateur, sur son appel individuel, il s’agit d’une communication “*point to point*” rentrant dans la sphère des télécommunications. La Commission en déduisait que “la définition de la directive, en ce qu’elle semble exclure les services fonctionnant sur appel individuel, ne semble pas couvrir des services tels que la VOD”. La proposition de directive portant modification de la directive “Télévision sans frontières” ne modifie pas la directive sur ce point.

<sup>72</sup> Directive du Conseil n°89/552, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l’exercice d’activités de radiodiffusion télévisuelle, J.O.C.E., n° L 298 du 17.10.89, p. 23.

- quelle sera l’efficacité des règles sur les quotas contenues dans la directive “Télévision sans frontières” lorsque le progrès technologique permettra à l’utilisateur de choisir entre plusieurs canaux de transmission et une infinité de programmes, et ce sans contrôle possible ? La proposition de modification de la directive “Télévision sans frontières” maintient le principe des quotas mais prévoit dans certains cas des solutions plus souples telle que l’utilisation d’une partie du budget de programmation pour les oeuvres européennes. On peut également s’interroger sur l’efficacité des règles sur la publicité dans un environnement numérisé ? Quelle est la portée des règles sur le temps *maximum* de transmission, sur le contenu, si la publicité peut être insérée librement dans des émissions de vidéo à la demande qui ne rentrent pas dans le champ d’application de la directive ?
- la directive sur la fourniture d’un réseau ouvert de télécommunications (directive ONP<sup>73</sup>) exclut de son champ d’application les services de la radiodiffusion et de la télévision. Cette différence de régime est-elle encore justifiable si les services télévisés sont communément diffusés *via* le réseau public de télécommunications ?<sup>74</sup>

L’existence de réglementations différentes en matière de télécommunications et d’audiovisuel risque de favoriser un contournement des règles applicables à l’un de ces deux secteurs pour éviter ainsi le respect d’obligations qui lui sont applicables. Par exemple, il pourrait être tentant de qualifier de services de télécommunications un service susceptible d’être couvert par la directive “Télévision sans frontières” pour ne pas devoir respecter les obligations de contenu qu’elle contient. Il devient dès lors de plus en plus important de réglementer d’une manière commune, indépendante du support de transmission et de la technologie utilisée, certains services de télécommunications et certains services audiovisuels, ceux qui sont à la frontière des deux univers, de même que l’ensemble des autres services qui seront au coeur de la société de l’information.

### 3.1.2. Les exceptions nationales au principe de libre circulation

La convergence entre les technologies des télécommunications et de l’audiovisuel risque de rendre certaines réglementations nationales obsolètes. En effet, d’une part, elles ne résolvent pas une série de problèmes qui se posent déjà en matière d’audiotex et de vidéotex et risquent de se poser avec plus

<sup>73</sup> Directive du Conseil, n°90/387 du 28 juin 1990, relative à l’établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d’un réseau ouvert de télécommunications, précitée.

<sup>74</sup> Voyez *supra* point 2.1.1.



d'acuité quand les développements technologiques permettront de rendre certains services interactifs. Ces questions touchent essentiellement à la protection de l'ordre public et des bonnes moeurs et à la protection des consommateurs. La poursuite de ces deux objectifs permet aux États membres, dans certaines limites, d'appliquer des restrictions à la libre circulation intracommunautaire de marchandises et à la fourniture transfrontalière de services. Par ailleurs, les restrictions au principe de la libre prestation de services doivent être adoptées dans le respect du principe général de la liberté d'expression, consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>75</sup>.

D'autre part, ces réglementations nationales ne couvrent pas tous les nouveaux services ou les services existants qui seront fournis selon une nouvelle forme de transmission car elles ne visent généralement que certains services fournis au moyen de supports de transmission déterminés.

En matière de protection des bonnes moeurs, toute la difficulté réside dans la distinction entre une communication publique (ou audiovisuelle) et une communication privée, la frontière entre les deux étant de plus en plus difficile à tracer car l'interactivité permet à l'utilisateur d'interférer dans une communication publique à un point tel qu'il risque de dénaturer cette communication<sup>76</sup>. Si la communication est privée, en principe, aucun contrôle *a priori* ne peut être effectué sur le contenu du message. Si la communication est publique, un contrôle peut être exercé et la question est de savoir à qui incombe la responsabilité du service portant atteinte aux bonnes moeurs. A supposer que l'opérateur de réseau puisse être considéré comme responsable ou complice, a-t-il réellement la possibilité d'exercer un contrôle effectif sur le contenu des messages ?

De plus, la notion même de bonnes moeurs varie selon les États membres. Ainsi, si certains d'entre eux ont supprimé le libre accès aux messageries roses sur l'audiotex, celui-ci reste permis dans d'autres États membres.

En matière de protection des consommateurs, les problèmes sont très nombreux. Ils concernent les exigences de qualité devant permettre à l'utilisateur de choisir un service déterminé parmi la multitude de services proposés. A cet égard, il convient, entre autres, d'être attentif à la nécessité d'identification, préalablement à la fourniture du service, du prix de celui-ci et du nom du fournisseur, à la tarification du service, à la fréquence de sa mise à jour, au caractère informatif ou publicitaire du message. D'autres questions touchent à la convivialité des services. Ainsi, les menus doivent être rédigés

<sup>75</sup> C.J.C.E., 18 juin 1991, ERT c. DEP, aff. C-260/89, *Rec.*, I, p. 2925.

<sup>76</sup> C.J.C.E., 18 juin 1991, ERT c. DEP, aff. C-260/89, *Rec.*, I, p. 2925. Pour de plus amples développements sur ce point, voyez *infra* point 4.2.1.

suffisamment clairement afin de ne pas augmenter artificiellement, par une utilisation prolongée, le coût du service pour l'utilisateur.

L'utilisation des nouvelles technologies risque de rendre encore plus floue la délimitation entre la publicité et l'information et va poser de nouvelles questions telles que celles relatives au droit de l'utilisateur de ne pas "subir" la publicité ou à la possibilité d'interdire la publicité dans le cadre de certains services.

Par ailleurs, des règles devraient être adoptées afin de permettre aux utilisateurs de nouveaux services multimédia interactifs intégrant des images de synthèse, voire des images virtuelles de personnes identifiées ou identifiables, de pouvoir clairement distinguer le réel et le virtuel. Les nouvelles technologies permettent en effet, sans difficulté aucune, de déformer la réalité, de mettre en scène la rencontre de deux personnages publics, de grossir artificiellement le nombre de participants à une manifestation, d'allonger les dimensions d'un produit, voire de le colorer, afin d'en rendre plus attractive l'apparence. Quelques réflexions d'ordre réglementaire ont été ébauchées à ce propos, ainsi l'obligation d'indiquer l'utilisation de telles techniques, comme on indique l'utilisation de colorants dans la fabrication d'un bien.

Enfin, il est à noter qu'en cas de problèmes, la multiplicité des acteurs et leur interdépendance favorisent une dilution des responsabilités et rendent malaisé le choix des critères de répartition de cette responsabilité. De plus, le droit commun n'est pas toujours à même de régler les litiges soulevés par une opération télématique en raison du caractère éphémère des informations et des difficultés de preuve de l'image transmise. A cet égard, également, des réflexions visant à rendre obligatoire la copie et le stockage des informations transmises, de même que l'identification de l'"éditeur" responsable du programme sur les images transmises sont ébauchées.

### 3.2. LA LIBRE CONCURRENCE

La concurrence, bien que n'étant pas un objectif en soi, est généralement considérée comme un des meilleurs moyens d'inciter au développement d'un marché dynamique et compétitif. Dans cette perspective, l'affirmation de son principe et son plein respect se justifient.

Bien que l'information elle-même soit un bien immatériel, il apparaît clairement que les règles de concurrence s'appliquent au marché des biens et services d'information qui la véhiculent, comme à tout autre marché. Peu de jurisprudence existe à ce jour sur l'application des règles de concurrence (qu'elles soient nationales ou communautaires) au marché de l'information; l'importance économique croissante de ce marché entraînera inévitablement

une augmentation des litiges, et les caractéristiques de ce nouveau marché rendront nécessaire la définition de mécanismes d'application des règles de la concurrence. On épingle les questions suivantes.

La convergence entre les technologies des télécommunications et de l'audiovisuel favorise la conclusion d'accords entre entreprises de secteurs différents. Il convient d'être attentif à l'impact de ces accords sur la concurrence (article 85 du Traité), impact plus difficilement décelable et appréciable vu les origines diverses des acteurs et la variété des secteurs concernés.

Cette même question du caractère transsectoriel du marché de l'information se pose également dans le cadre de l'application de l'article 86 du Traité. Quel sera le marché pertinent au regard duquel les éventuelles positions dominantes devront être considérées ? La jurisprudence récente tend à indiquer que dans le domaine de l'information (qu'il s'agisse de grilles de programmes de télévision ou d'informations météorologiques), les marchés sont définis de manière étroite (en raison d'un faible degré de substituabilité de l'information), ce qui a pour conséquence que l'exercice de positions dominantes est plus rapidement considéré comme étant abusif au sens de l'article 86 du Traité.

Le risque de voir les restructurations nécessaires au développement du marché des biens et services d'information permettre à des entreprises économiquement fortes (télécommunications) de renforcer leur domination sur le marché au détriment d'entreprises économiquement plus faibles (médias) ou de créer un monopole rendant plus difficile l'accès au marché pourra être endigué par une juste application du règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations, pour autant que les opérations de regroupement aient la dimension communautaire requise.

Ainsi, dans une décision du 9 novembre 1994<sup>77</sup>, la Commission européenne a déclaré incompatible avec le marché commun le projet de création par Bertelsmann, Kirch et la Deutsche Bundespost Telekom d'une entreprise commune - MSG Media Service - chargée de la gestion de services de télévision payante, en ce compris la gestion du contrôle d'accès et des abonnements et de la mise en place de l'infrastructure pouvant offrir tous ces services. Cette affaire est particulièrement intéressante en ce qu'elle souligne le caractère segmenté des définitions de marché de produits dans le domaine des nouvelles technologies. Le marché géographique retenu a été celui de l'Allemagne.

<sup>77</sup> Décision de la Commission, du 9 novembre 1994, relative à une procédure d'application du règlement n° 4064/89 du Conseil (Affaire N° IV/M.469 - MSG Media Service), *J.O.C.E.*, n° L 364 du 31 décembre 1994.

Trois marchés de produits ont été distingués : celui des services administratifs et techniques destinés à la télévision payante (mise à disposition des décodeurs, fonctionnement du système de contrôle d'accès, gestion des abonnements, arrangements financiers avec les diffuseurs de programmes), celui de la télévision payante clairement séparé de celui de la télévision commerciale financée par la publicité et de celui de la télévision publique financée par la publicité et les redevances, et enfin celui des réseaux câblés de télévision payante à distinguer des autres formes de transmission.

Parmi les multiples services dits de "Pay TV" ou de télévision payante, la Commission précise que tous les services ne sont pas constitutifs d'un seul et même marché. Dans le cas d'espèce, elle estime toutefois que les formes de paiement à la séance ou de "near video on demand" relèvent d'un même marché car c'est le diffuseur qui choisit la séquence et la cadence des programmes et que les possibilités de choix des téléspectateurs sont limitées. Il en serait évidemment autrement d'une véritable "video on demand", où l'intervention du téléspectateur est davantage interactive.

Pour ces trois marchés, la Commission estima que MSG occuperait une position de monopole de manière durable sur le marché des services administratifs et techniques, qu'il en serait de même de Kirch et de Bertelsmann sur le marché de la télévision payante et que la Deutsche Bundespost Telekom consoliderait sa position dominante sur celui des réseaux câblés. Dans les trois cas, la concurrence serait entravée de manière significative.

La convergence entre les technologies des télécommunications et de l'audiovisuel va multiplier les questions relatives à l'accès : accès à l'information en tant que telle (contenu), accès aux réseaux (et à l'information technique). A cet égard, d'une part, les droits de propriété intellectuelle, même s'ils sont nécessaires afin de promouvoir et de récompenser l'innovation, ne doivent pas être utilisés d'une façon qui réduise de manière abusive l'accès à certaines informations protégées<sup>78</sup> (par le droit d'auteur en ce qui concerne le contenu des services d'information, ou par les brevets en ce qui concerne par exemple les informations techniques) ni bloquer la standardisation et l'ouverture des réseaux<sup>79</sup>. D'autre part, une politique de fourniture de réseau ouvert devrait être affirmée au-delà des services de télécommunications<sup>80</sup> et des diverses applications qu'un tel objectif a déjà reçues (systèmes de réservation de billets d'avion, interopérabilité des programmes d'ordinateur,

<sup>78</sup> Voyez *supra* point 2.2.3.1.

<sup>79</sup> Voyez *supra* point 2.1.2.

<sup>80</sup> Voyez *supra* point 2.1.1.

communication forcée des interfaces, promotion de la norme EDIFACT). Une telle politique devrait s'affirmer tant aux niveaux sectoriels qu'intersectoriels.

## Chapitre IV. La prise en compte des intérêts des utilisateurs

Après avoir examiné les questions juridiques rencontrées par le producteur d'un bien ou service d'information, il convient d'analyser les droits de ceux qui se trouvent en aval du processus de production et commercialisation de ces biens et services : les utilisateurs. Ceux-ci ont différentes "casquettes" auxquelles correspondent des intérêts et des droits particuliers. Par exemple, l'utilisateur peut être un consommateur et à ce titre, avoir droit à une publicité loyale et à la transparence des prix. De manière plus globale, la généralisation des relations contractuelles entreprises par le biais des techniques d'information et de communication mises en place pose la question de la preuve des actes conclus. A cet égard les démarches préventives, telles que les systèmes de certification devraient retenir une attention particulière. Liés également à des questions d'établissement ou de preuve des faits incriminés se posent par ailleurs des problèmes de responsabilité liés au contenu et à la qualité de l'information fournie ainsi qu'à la multiplicité des acteurs concernés. Ces questions ont été largement évoquées lors de notre analyse du fonctionnement du marché<sup>81</sup> et de la sécurité de ce marché<sup>82</sup>.

L'utilisateur peut aussi être un travailleur et à ce titre, revendiquer un régime de protection approprié. L'utilisation des nouvelles technologies dans le travail va bouleverser les caractéristiques du monde du travail en permettant à la fois une délocalisation des travailleurs (télétravail) et un meilleur contrôle des prestations effectuées (télésurveillance) tout en faisant de la technologie un outil obligatoire. Plus particulièrement, le télétravail soulève une série de questions juridiques non résolues à ce jour. Ainsi, la protection actuellement offerte dans chaque État membre aux travailleurs non manuels à domicile est souvent incertaine. En l'absence d'une législation spécifique les protégeant efficacement, on peut s'interroger sur la nature de leur relation de travail (indépendant ou salarié) car les critères traditionnels d'identification d'un contrat de travail se prêtent mal à cette catégorie de travailleurs. Comment l'employeur pourra-t-il contrôler que le travail est effectué par le télétravailleur en personne (le placement d'une caméra vidéo au domicile du travailleur ne constituerait-il pas une violation de son droit à la protection de sa vie privée) ? Y a-t-il atténuation ou non du lien de subordination, le terminal du travailleur pouvant finalement être considéré comme une extension de l'entreprise permettant une communication interactive entre

<sup>81</sup> Voyez *supra* point 3.1.2.

<sup>82</sup> Voyez *supra* point 2.2.3.2.

l'employeur et le travailleur ? Par ailleurs, il faudrait veiller à ce que les travailleurs à domicile ne soient pas exclus du champ d'application des diverses lois de protection sociale, les raisons justifiant de les traiter différemment des salariés au sens classique du terme étant de moins en moins fondées<sup>83</sup>.

Indépendamment de toute relation contractuelle, l'utilisateur est avant tout un citoyen. A ce titre, il a droit à certains services et ses libertés doivent être garanties. Ce sont ces droits ou ces garanties qui façonnent au-delà des règles du marché ce qu'il faut appeler la société de l'information dans la mesure où elles définissent un nouveau "vouloir-vivre ensemble". C'est l'examen de ces droits et garanties, qui forment l'objet de ce quatrième point :

- le droit au "service universel" prend dans le cadre de cette société de l'information une dimension et un contenu nouveaux comme condition d'exercice des libertés (4.1.);
- les "libertés fondamentales" dans le même temps où elles peuvent se trouver remises en cause par le développement des technologies de l'information et de la communication trouvent dans ce développement une dimension nouvelle (4.2.).

Le service universel, l'expression de ces libertés fondamentales permettent d'augurer d'une nouvelle forme de démocratie, que nous qualifierons d'électronique (4.3.).

#### 4.1. LE DROIT À CERTAINS SERVICES : LA NOTION DE SERVICE UNIVERSEL

##### 4.1.1. Le service universel au sens technique

La notion de "service universel", apparue récemment en Europe, constitue d'ores et déjà un but de politique réglementaire pour des marchés visés (télécommunications, postes, etc.), en cours ou en voie de "dé-monopolisation". Quand bien même cette notion serait difficile à définir, elle s'entend dans un environnement concurrentiel d'un service minimum, d'une qualité donnée, proposé à tous les utilisateurs à un prix abordable. Spécifiquement pour le secteur des télécommunications, la Commission a arrêté trois objectifs d'une politique de service d'intérêt général. En l'occurrence, il s'agit d'assurer un service qui soit à la fois :

- universel, ce qui suppose un accès pour tous à un prix abordable,
- égal, impliquant un accès indépendant de la situation géographique, et

<sup>83</sup> Sur les problèmes juridiques posés par le télétravail, voir la bonne synthèse proposée par le Lamy Droit de l'Informatique, 5e éd., Paris, 1995, n° 2425 et s.

- continu, c'est-à-dire caractérisé par une fourniture ininterrompue dans une qualité donnée<sup>84</sup>.

Entendue dans un sens pragmatique, il est difficile d'assigner à la notion de "service universel" les obligations et prérogatives communément assignées au "service public" (entendu au sens traditionnel). Au point de départ, la notion de "service public" se confond en effet avec l'organisation de caractère public chargée de l'assurer. La notion de "service universel", d'origine américaine, est d'emblée centrée sur le contenu du service considéré comme d'intérêt général. Schématiquement, cette nouvelle notion suscite trois questions.

La première question concerne le contenu même du service universel. Ce problème est d'autant plus important dans le contexte actuel de convergence entre les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel. En effet, à mesure que les capacités offertes seront plus grandes, comment adapter le service de base tel qu'il se conçoit aujourd'hui aux évolutions futures ? Devrions-nous en spécifier le contenu (au risque de le voir rapidement devenir obsolète), ou bien s'en tenir à des lignes directrices ? Le progrès technique n'est pas le seul à avoir été pris en considération. Les développements du marché et les besoins des utilisateurs sont également déterminants. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, il est unanimement accepté que le simple transport de la voix ("*Plain Old Telephone Service*" ou "POTS") constitue un objectif de service universel. Cela étant, d'autres services, "à valeur ajoutée", sont appelés à s'inclure dans le service de base.

Outre la volonté d'éviter une société à plusieurs vitesses, le service universel "à contenu" ("à contenu en information" ou "fonctionnel", par opposition à un service universel purement "technique") se justifierait par les gains sociaux pouvant en résulter. A titre d'illustration, l'économie produite par l'information préventive en matière de santé et la possibilité de communiquer avec des personnes compétentes dans ce domaine pourrait se révéler considérable. A cet égard, certains auteurs américains avancent qu'une économie de l'ordre de 1% sur les dépenses actuelles de 670 milliards de dollars pour le "*health care*" suffirait largement à financer l'offre d'information même.

Ainsi, l'évolution technologique pourrait également justifier l'extension de la notion de service universel "technique" à d'autres services que la téléphonie vocale, tels que par exemple le courrier électronique, la télécopie ou l'accès à des services de banques de données multimédias. On pourrait également concevoir que la notion de service universel comporte des

<sup>84</sup> Annexe à la proposition de résolution du Conseil, sur des principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, COM(93) 543 final, 15 novembre 1993.

obligations de fournir certains services techniques, gratuitement ou à tarif réduit, uniquement à certains utilisateurs déterminés (par exemple les personnes âgées, les écoles publiques, ou les hôpitaux).

Actuellement, la Commission est invitée "à examiner et à organiser, notamment avec les autorités réglementaires nationales, des consultations sur les questions soulevées par la définition du service universel ..."<sup>85</sup>.

La détermination du contenu et des obligations attachés au service universel est (à) effectuée (er) tant par les États membres que par l'Union européenne, dans leur sphère de compétences respectives. Il peut certes paraître indispensable de concevoir une définition commune, paneuropéenne, de principes en matière de service universel afin d'assurer une concurrence pleinement efficace entre exploitants. Cela étant, l'article 3B du traité sur l'Union européenne, relatif au principe de subsidiarité, vient limiter l'exercice des compétences par l'Union. En effet, l'intervention de celle-ci ne doit commencer que là où l'action des États se révèle insuffisante. Par ailleurs, les États de l'Union européenne ne sont pas privés de la possibilité de prévoir des obligations attachées au service universel compte tenu de leurs propres situations nationales. Cela reste vrai toutefois seulement dans la mesure où des obligations complémentaires n'entravent pas l'accès au marché. Concurrence et service universel sont en effet pleinement associés. Ainsi, il doit être clair, rappelons-le, qu'en la matière, il n'y a pas de lien nécessaire à créer entre un service public ou universel à offrir et une entreprise publique seule habilitée à l'offrir<sup>86</sup>.

La deuxième question affectant le service universel a trait aux conditions d'accès au service concerné, et à l'utilisation dudit service. Eu égard au lien concurrence/service universel, cette question revêt une importance particulière dans le présent contexte. En effet, dans la mesure où une pluralité d'opérateurs sont appelés à fournir un service universel sur un (ou des) réseau (x) existant (s) ou à venir, il importe d'assurer le maintien de principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité parmi ces opérateurs, tout en assurant le respect des règles de concurrence. Spécifiquement pour le secteur des télécommunications, le Conseil de l'Union européenne a reconnu, dans une résolution du 22 juillet 1993<sup>87</sup>, que "l'application des mesures concernant le

<sup>85</sup> Résolution du Conseil 94/C 48/01, du 7 février 1994, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 48 du 16 février 1994, p. 1.

<sup>86</sup> A cet égard, le lecteur se référera aux conclusions de l'article de Y. POULLET et F. van der MENSBRUGGHE, "Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications", *Communications et Stratégies*, n° 17, 1er trimestre 1995, p. 11. A noter que cette définition reprend plus ou moins les caractéristiques des lois de service public (égalité, changement, continuité).

<sup>87</sup> Résolution du Conseil 93/C 213/01, du 22 juillet 1993, sur la situation du secteur des télécommunications et sur la nécessité de nouveaux développements sur ce marché, *J.O.C.E.*, n° C 213 du 6 août 1993.

réseau ouvert des télécommunications (ONP) ... constitue la base de la définition de service universel". Pour le Conseil, il importe donc d'appliquer "dans toute la Communauté et, au besoin, adapter, compte tenu de la poursuite de la libéralisation, les principes d'ONP pour ce qui est des organismes concernés et de questions telles que le service universel ...".

A titre de rappel, les principes fondamentaux de l'ONP concernent à la fois la transparence, la non-discrimination et la proportionnalité, ainsi que le respect intégral du droit communautaire, et notamment les règles de concurrence. A cet effet, la directive "ONP-cadre" du 28 juin 1990<sup>88</sup> poursuivait l'objectif suivant relatif à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications : harmoniser les conditions d'accès et d'utilisation du réseau public et des services publics de télécommunications afin de réaliser un marché intérieur des services de télécommunications.

Enfin, la troisième question à prendre en considération concerne le financement même du service universel. L'intérêt économique relatif de certains services de base pour les opérateurs ayant l'obligation de les fournir suppose un financement par des moyens "originaux". Il s'agit précisément d'assurer une répartition équitable de la charge que représente la fourniture d'un service universel. Outre l'orientation des tarifs en fonction des coûts, la Commission européenne soutient le maintien des transferts internes et l'établissement de redevances d'accès à la charge des nouveaux entrants sur le marché<sup>89</sup>. A cet effet, il est prévu d'arrêter des principes communs pour la comptabilité, l'affectation des coûts et les transferts. Tout comme la définition du service universel, la question de son financement devrait faire l'objet d'un rapport de la Commission présenté au Parlement et au Conseil avant le 1er janvier 1996<sup>90</sup>.

#### 4.1.2. Vers un service universel sociétaire : de la "technique" au "contenu"

L'analyse de la politique américaine en matière de développement des autoroutes de l'information suggère de donner à la notion de service universel une extension bien plus vaste, au-delà de ce qu'on pourrait appeler le service universel des télécommunications. Il ne s'agit plus de s'interroger sur les

<sup>88</sup> Directive du Conseil n° 90/387, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, précitée.

<sup>89</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social, intitulée "Développement d'un service universel dans un environnement concurrentiel", 15 novembre 1993, COM(93) 543 final, pp. 9-11.

<sup>90</sup> Résolution du Conseil précitée du 7 février 1994 94/C 48/01, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, précitée.

techniques de télécommunications dont l'accès universel devrait être garanti mais bien d'analyser, soit comment un ensemble de services jugés d'intérêt général peuvent être offerts voire améliorés dorénavant grâce aux télécommunications, soit comment la généralisation de l'utilisation des télécommunications rend nécessaire l'accès à certains services d'information jugés désormais d'intérêt général.

Deux exemples illustrent cette double tendance. Le premier a trait au service de santé publique. L'opportunité d'utiliser les télécommunications pour rendre ce service public traditionnel amène l'administration américaine (*National Health Agency*) à mettre sur pied des services électroniques d'information permettant une meilleure médecine préventive. Le second est l'injonction adressée par certains tribunaux américains<sup>91</sup> à des sociétés de programmation de télévision à péage de décrypter certaines émissions dites d'intérêt général.

Ainsi, l'information pourrait-elle s'introduire dans la notion de service universel au vu de ce qui est considéré comme essentiel ou vital. Au demeurant, cette introduction servirait à limiter une dichotomie entre "ceux qui détiennent la connaissance" et "ceux qui ne la détiennent pas" ("*information haves*" et "*information have nots*")<sup>92</sup>. Des illustrations multiples se conçoivent : une assistance à remplir les formulaires administratifs, l'accès électronique aux services administratifs encouragé par les lois dites de "*Freedom of Information*"<sup>93</sup>, consultations encyclopédiques, informations de santé publique, calendriers d'événements publics, "*on-line banking*", cours de la bourse, etc.

En tout état de cause, la volonté d'éviter un "déficit démocratique" doit animer la détermination du contenu et des obligations attachés au service universel. C'est dans cet esprit que le Conseil de l'Union européenne a invité la Commission à examiner et à organiser notamment avec les autorités

91 Sur cette jurisprudence et sur l'évolution de la notion de service universel d'un contenu technique à un contenu en information, voyez le remarquable article de H. PERRITT, "President Clinton's national Information Infrastructure Initiative : community regained", *Chicago Kent Law Review*, 69, 1994, n° 4, p. 991-1022.

92 Dans son discours sur la réforme des télécommunications du 11 janvier 1994, le Vice-Président américain Al Gore le souligne : "Nous ne pouvons tolérer, et ce pays ne peut à long terme supporter, une société où certains enfants reçoivent une éducation complète et d'autres pas; une société où certains adultes ont accès à la formation continue et d'autres pas (AL GORE, "Remarks Prepared for Delivery by Vice President Al Gore", Royce Hall, UCLA, Los Angeles, 11 janvier 1994). Pour plus d'informations sur le service universel entendu dans le contexte des autoroutes de l'information, voyez : "The National Information Infrastructure : Agenda for Action", *op.cit.*, p. 8. Cf. également la déclaration de J. HILLS "Universal Service : a social and technological construct, *Communications et Stratégies*, n° 10, 1993 : "Universal Service is a social rather than technical", p. 61.

93 Il s'agit des lois d'accès aux documents administratifs existantes dans de nombreux pays européens. A ce propos, les références complètes in C. de TERWANGNE, H. BURKERT, Y. POULLET (éd.), *Towards a legal framework for a diffusion policy held by the public sector, Computer Law Series*, n° 14, Kluwer, 1995.

réglementaires nationales, des consultations sur les questions soulevées par la définition du service universel<sup>94</sup>. Compte tenu du caractère évolutif du service universel, il est permis d'envisager la mise en place de structures permanentes englobant, entre autres, les organisations représentatives de consommateurs et les prestataires de services concernés. Du reste, aux États-Unis, la "*National Telecommunications and Information Agency*" (NTIA) devenue la "*Global Information Infrastructure*" s'est engagée à tenir des débats publics sur le concept de service universel, incluant l'audition des "groupes d'intérêt public"<sup>95</sup>. De façon générale, et afin de garantir le développement d'une infrastructure d'information nationale, où le service universel joue un rôle clef, le gouvernement américain s'est engagé à "travailler" avec, à la fois, le monde des affaires, les organisations représentatives des travailleurs, le monde académique, les groupes d'intérêt public, le Congrès, et les collectivités territoriales<sup>96</sup>. Une coordination avec ces dernières, tant au niveau étatique, qu'au niveau local ("*countries*", "*districts*" "*cities*", "*towns*") est indispensable afin de contourner les obstacles éventuels et prévenir toute forme de traitement différencié. Dans la mesure où l'information ne connaît pas de frontières, une coordination au niveau international se révèle également nécessaire.

En conclusion, vu son absence de contours définis, la question du contenu du service universel appellera des débats continus qui traduiront la volonté des "*policy makers*" de poursuivre tel ou tel objectif, privilégiant l'un par rapport à l'autre dans un contexte d'évolution constante. Avec le "*Plain Old Telephone Services*" ("POTS")<sup>97</sup>, l'objectif poursuivi était certes très simple : assurer l'égalité par le biais d'une pénétration maximale de raccordements téléphoniques. Dans une société d'information, le service universel sera le révélateur des aspirations exprimées par la société à partager une gamme de services nouveaux qui affecteront en profondeur la vie, le travail, et toute forme d'interactivité entre personnes.

#### 4.2. LE DROIT AU RESPECT DE CERTAINES GARANTIES

Alors que les réglementations en matière de communication audiovisuelle sont essentiellement sous-tendues par des préoccupations de liberté d'expression et de pluralisme, celles sur les correspondances transmises par voie de télécommunications mettent l'accent sur le secret. Seules les

94 Résolution du Conseil 94/C 48/01, du 7 février 1994, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., *op.cit.*

95 "The National Information Infrastructure : Agenda for Action", précité : "...a special effort to hear from public interest groups", p. 8.

96 "The National Information Infrastructure : Agenda for Action", précité, p. 5.

communications privées jouissent du secret de la correspondance, au contraire des communications publiques qui se caractérisent par la mise à disposition ou la transmission simultanée par un centre émetteur à destination du public, ou de certaines catégories de public, d'informations dont le contenu est déterminé par l'émetteur.

Il existe en réalité diverses situations qu'il est difficile de rattacher à une communication publique ou à une communication privée. Il en est notamment ainsi, lorsque des individus obtiennent sélectivement, à des moments qu'ils choisissent, des informations auprès d'un centre serveur ou lorsque des individus ne se connaissant pas entre eux entrent en contact (téléphonique ou *via* une messagerie) par l'entremise d'un fournisseur de services.

La distinction entre communication publique et communication privée a déjà été, en matière de vidéotex et d'audiotex, en partie aménagée. Ainsi, il est admis qu'un service télématique débutant par une annonce faite au public relève du régime juridique des communications publiques, même si elle transmet par la suite des informations confidentielles.

Quelles sont les caractéristiques permettant d'opérer une distinction entre la correspondance privée et la correspondance publique ? Un premier critère peut être trouvé dans les destinataires des informations : la communication sera publique si les informations sont destinées à un public indéterminé *a priori*, que l'accès aux informations soit subordonné ou non au respect de certaines conditions. La communication sera, au contraire, privée si le message est destiné à une ou éventuellement plusieurs personne (s) déterminée (s).

L'avantage de ce critère fondé sur la connaissance *a priori* du destinataire du message est d'être totalement indépendant du support technique de transmission utilisé. Pourtant, le critère du public cible ne nous paraît pas suffire en lui même. Même si l'accès au dialogue et la faculté de dialoguer sont ouverts à tous, le contenu des messages échangés entre participants peut, le cas échéant, nécessiter la protection du secret.

Ainsi, certains services télématiques très interactifs offrent, outre les éléments préexistants, des éléments produits par l'interaction entre le logiciel et l'utilisateur, proches d'une forme de communication privée. L'emploi de systèmes experts rend cette hypothèse plus fréquente.

On pourrait dès lors retenir également comme critère le degré d'interactivité. Un degré élevé d'interactivité serait constitutif d'un dialogue et assimilable à de la correspondance privée.

On peut encore penser au caractère unilatéral de la transmission de la communication audiovisuelle et bilatéral des correspondances ou éventuellement à la nature de l'information transmise (personnelle et actuelle pour les communications privées, impersonnelle et intemporelle pour la

communication audiovisuelle), ou encore à l'existence et au contenu du contrat existant entre les utilisateurs du service.

Quels que soient les critères retenus, il conviendra de veiller à ce que des solutions trop divergentes, susceptibles de conduire à des régimes juridiques variant fortement d'un État à l'autre et de générer des distorsions de concurrence, ne soient mises en oeuvre.

#### 4.2.1. La protection de la correspondance

En règle générale, le contenu des messages échangés par voie de télécommunications est libre et, en tout état de cause, bénéficie de la protection du secret, qu'il s'agisse du secret des communications, des conversations ou de la correspondance<sup>97</sup>. Cette protection découle de l'article 8 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme ayant précisé que l'article 8 alinéa 1 de cette Convention englobe les conversations téléphoniques dans les notions de correspondance et de vie privée<sup>98</sup>, bien qu'elles n'y soient pas mentionnées expressément.

Cette protection du secret implique donc l'interdiction d'accéder à des conversations privées. En bonne logique, il est dès lors interdit aux autorités publiques d'intercepter en principe les communications téléphoniques.

Toutefois, la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales ne s'adresse directement qu'aux autorités publiques. La question de l'élargissement de la portée des dispositions de la Convention aux relations horizontales entre personnes privées reste encore controversée à ce jour. Or, l'ingérence dans les communications téléphoniques peut également être le fait de particuliers. Quoi qu'il en soit, la législation pénale de certains États membres incrimine ce type d'atteinte et au surplus l'interception du contenu d'une communication téléphonique peut éventuellement conduire à la mise en oeuvre de la responsabilité de son auteur<sup>99</sup>. Enfin, l'enregistrement illicite d'une conversation ne sera normalement pas retenu comme mode de preuve et sera écarté des débats judiciaires. Il conviendra de se montrer attentif aux différences de régime applicables à l'interception de communications du fait des particuliers, qui

<sup>97</sup> Les pays s'accordent généralement à reconnaître que le secret ne se limite pas aux seules conversations téléphoniques mais s'étend aux échanges de données voire d'images.

<sup>98</sup> Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

<sup>99</sup> Il s'agit des lois sur les écoutes téléphoniques. En Belgique, voyez la loi du 30 juin 1994, relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 24 janvier 95, pp. 1542 et s.



peuvent découler d'une situation dans laquelle les États n'ont plus de référence commune. Un premier pas dans ce sens a été franchi par l'extension du champ d'application de la proposition de directive relative à la protection des données dans le secteur des télécommunications<sup>100</sup> à l'ensemble des fournisseurs de services. Le texte initial n'envisageait la protection qu'au regard des seuls opérateurs publics.

#### 4.2.2. La protection des données ou de la vie privée

L'interactivité caractérise l'utilisation des services qu'offrira l'autoroute de l'information. Jusqu'à présent réservée à quelques services, en particulier bancaires, l'interactivité se traduira demain par le choix de programmes audiovisuels, l'envoi de messages, la surveillance à distance du domicile, l'utilisation de jeux vidéo, la commande de biens et services, etc.

A travers toutes ces utilisations, la personne concernée génère des données toujours plus nombreuses et plus précises sur ses habitudes de consommation et de vie. Les législations sur la protection de la vie privée n'ont plus comme seul objet de rendre transparentes des banques de données constituées *a priori* sur l'individu mais bien de le protéger vis-à-vis d'utilisations possibles de données que cette personne génère elle-même.

Au-delà des problèmes suscités par l'interactivité, ajoutons que la question de la protection de la vie privée est rendue plus aiguë encore par le fait que certains sont tentés - et les cas sont multiples sur Internet - de mettre à disposition du public en général des données les concernant : leur bibliographie, leur curriculum vitae, voire leur photo<sup>101</sup>.

De tels faits expliquent que la question de la vie privée ou de la confidentialité est souvent citée comme une des questions essentielles à résoudre dans le cadre du développement des autoroutes de l'information. Le problème est crucial, dans la mesure où circulant dans des réseaux ouverts internationaux, à travers des opérateurs multiples et non identifiés, la donnée est accessible et utilisable par de nombreuses personnes pour des motifs dont la légitimité peut être parfois mise en doute.

Les initiatives prises en matière de protection des données sont d'ordre divers mais se révèlent insuffisantes. Un premier type de mesures concerne les opérateurs de réseaux ou de services. Ainsi, le projet de directive<sup>102</sup> sur la

<sup>100</sup> A ce propos : F. KUITENBROUWER, "Privacy and Freedom in a Multimedia Society", *I. Ways*, Janvier 1995, pp. 55 et s.

<sup>101</sup> L. DETWEILER, "Identity, Privacy and Anonymity on the Internet", Report published on Internet, 1995.

<sup>102</sup> J.F. MOGG, "Privacy Protection in the Information Society", *T.D.R.*, 1994, n° 12, 29 à 32. Cf. également : Y. POULLET, V. WILLEMS, Ph. GERARD et R. QUECK, "Un cadre réglementaire adéquat pour une société informationnelle basée sur des services multimédia", Journée Multimédia, Namur, 25

protection de la vie privée dans les réseaux numériques, entend limiter, indépendamment du statut public ou privé de l'opérateur ou du service, le droit de traiter les données aux seules fins de facturation, de statistiques et d'exécution du service.

D'autres initiatives sont encouragées. Ainsi, le droit à l'anonymat dans l'utilisation des services est de plus en plus fréquemment réclamé. Il s'agit, par le biais de cartes préchargées, de trouver des solutions techniques aux questions soulevées, soit par l'anonymisation par un tiers, soit enfin par la séparation dans un message des données transactionnelles et des données nominatives, accessibles aux seules personnes habilitées à les traiter.

Si les réglementations sur la vie privée permettent une protection importante, le caractère international de la circulation de l'information, d'une part, rend malaisée la mise en vigueur de telles réglementations et, d'autre part, soulève la question des "paradis de données" où aucune protection réglementaire n'existe. A cet égard, seule l'adhésion de tous les pays à des principes communs, qu'il s'agisse des principes de l'OCDE ou du Conseil de l'Europe, permettra d'apporter une solution à cette question épineuse<sup>103</sup>.

Le fait que la convergence permette la transmission aussi bien d'images et de sons que de textes, soulève le problème du champ d'application de nos législations. Que faut-il entendre par "données" ? Il n'est pas évident, même si l'exposé des motifs de la loi belge le précise, que l'image ou le son soit une donnée, terme réservé dans le langage commun, aux seuls textes. Si tel est le cas, on pourrait ainsi prendre en considération des problèmes particuliers liés aux flux transfrontières de données à caractère personnel ou encore s'inquiéter de la prolifération de systèmes de vidéo-surveillance installés dans les bâtiments publics ou entreprises, sur la voie publique, dans les écoles, réseaux de transports (surveillance du métro).

janvier 1995, à paraître dans les actes du colloque; Office of Management and Budget, "N.I.I. : Draft principles for Providing and Using Personal Information and Commentary-Notice", *Fed. Register*, January 20, 1995; M. BRIAT, C.M. PITRAT, "Protection des données, autoroutes électroniques et flux d'information", *D.I.T.*, 1994, p. 6 à 9.

<sup>103</sup> Il s'agit de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, adoptée à Strasbourg le 28 janvier 1981, des recommandations de l'OCDE de 1980. On attend incessamment l'adoption de la directive de l'Union européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dont le premier texte avait été publié au *J.O.C.E.* du 27 novembre 1992, n° C 311. Pour un commentaire de ce texte : M-H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, "Commentaire de la proposition de directive du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel", Partie I, *Cah. Lamy Inf.*, n° F, Suppl. n° 40, sept. 1992, p. 1 à 10; Partie II, *Cah. Lamy Inf.*, n° G, Suppl. n° 41, 1992, p. 2 à 11. Une position commune a été arrêtée par le Conseil le 20 février 1995, *J.O.C.E.*, n° C 93 du 13 avril 1995.



### 4.2.3. La liberté d'expression

L'article 10 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de la liberté d'expression, laquelle comprend "la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées (...) sans considération de frontière".

#### 4.2.3.1. La liberté de la presse ou de communiquer librement des informations

Les technologies de l'information et de la communication exigent une réflexion fondamentale sur le droit de la presse<sup>104</sup>. Plusieurs questions nous paraissent devoir être analysées.

La première vient de la prise de conscience que les frontières entre communications privées et communications publiques deviennent floues. En effet, un message émanant d'une personne privée peut être diffusé sous tous azimuts et, tout en se présentant comme un message parfaitement personnel, constituer un message public, à l'instar d'un tract ou d'un imprimé toutes boîtes. De tels messages peuvent contenir des informations fausses. Le cas de l'annonce fausse de massacres mexicains contre les zapatistes diffusée *via* Internet à l'ensemble de la Communauté scientifique est un bel exemple des dérives auxquelles l'autoroute de l'information peut donner naissance. En effet, les garanties classiques qu'offre le droit des médias (responsabilité éditoriale, statut et déontologie des journalistes, droit de réponse, dépôt légal) n'ont pas cours. La signature sous pseudonyme, l'absence de statut des émetteurs de telles fausses nouvelles dont la trace peut être effacée rendent ces possibilités dangereuses, d'autant plus que le message adressé personnellement à son destinataire et pénétrant son ordinateur lui donne une apparence de sincérité.

La seconde question part du constat que de nouveaux auteurs, venant des mondes étrangers au secteur de la presse, offrent désormais des services de presse électronique. Il est important que les règles déontologiques et légales, applicables en matière de presse, soient étendues, peut-être selon la règle de proportionnalité, à ces nouveaux acteurs et que les associations professionnelles de journalistes électroniques élargissent leur préoccupation à ces nouveaux médias.

Ensuite, l'exercice de la liberté d'expression peut être réglementé et limité par les États, dans les limites de l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention

<sup>104</sup> L.H. TRIBE, "The Constitution in Cyberspace law and Liberty beyond the electronic frontier" Keynote address at the 1st conference on Computers, Freedom and Privacy, Harvard Law School, 1991.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>105</sup>. Cette situation mène à des divergences de législations entre les États membres.

Ainsi, la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs, étudiée au point 3.1.2., est un des objectifs dont la poursuite permet l'adoption de limitations. Par ailleurs, la démarche à adopter en cas d'utilisation abusive de la liberté d'expression ne fait pas l'objet d'une approche unanime. Les uns préfèrent un régime répressif, évitant toute censure *a priori* (à charge de la personne responsable de répondre *a posteriori* des éventuels abus commis) tandis que d'autres adoptent un régime préventif.

En outre, l'évolution du marché pose la question de l'adaptation de ces réglementations nationales. Par exemple, certains pays prévoient un système de responsabilité en cascade qui permet d'identifier un responsable pouvant être sanctionné. La maison d'édition d'un livre pourra éventuellement être poursuivie si l'auteur est inconnu. Il est intéressant d'examiner si une responsabilité de ce type convient à toute forme de communication audiovisuelle notamment celle effectuée par voie télématique et si la responsabilité du fournisseur de service, au cas où l'émetteur du message est inconnu, peut être retenue<sup>106</sup>.

De même, la plupart des pays européens prévoient un droit de réponse lorsqu'une communication audiovisuelle porte atteinte à l'honneur ou à la réputation d'un individu. Il conviendrait de rechercher dans quelle mesure ce droit est adapté aux différentes situations de communication audiovisuelle et quelles modalités répondent le mieux à la diversité des situations.

#### 4.2.3.2. La liberté de recevoir des informations

La liberté d'expression comprend également le droit pour le citoyen de recevoir des informations aussi complètes, fiables et diversifiées que possible. Cette dernière exigence de diversité de l'information est une des raisons justifiant la nécessité du pluralisme<sup>107</sup>. Par ailleurs, il convient d'être attentif au développement des habitudes de communication qui pourrait conduire à réserver l'information à des cercles restreints.

<sup>105</sup> Article 10 alinéa 2 CEDH : "L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire".

<sup>106</sup> Sur ce thème : A. WELLS BRANSCOMB, "Liability of information, providers and Users - Legal concerns", *J. Ways*, Janvier 1995, pp. 49 et s.

<sup>107</sup> Voyez point 4.2.4.

L'exercice de la liberté de recevoir l'information telle qu'exprimée à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique naturellement la possibilité d'accéder à celle-ci, même si le lien direct entre cette liberté et le droit d'accès n'est pas établi de manière absolue. C'est l'objet des réglementations nationales et communautaires d'accès mais aussi dans une certaine mesure des réglementations de protection des données à caractère personnel. Les premières législations mettent en place un droit général du public<sup>108</sup>; les deuxièmes instaurent un droit particulier des individus d'accéder aux données qui les concernent<sup>109</sup>.

Des conditions d'accès à l'information qui seraient coûteuses (comme la mise à disposition de l'information par le biais d'un abonnement payant) ou limitées (par le cryptage ou l'introduction de mots de passe, par exemple) conduisent à réserver l'information aux seules personnes qui y répondent. Dès lors que l'information serait seulement accessible à ces conditions, le droit démocratique d'accès à l'information serait mis en cause.

La définition d'un service public d'information constituerait sans doute une première solution à cette situation. La portée d'un tel service public permettrait de déterminer la nature de l'information à laquelle l'accès doit être garanti, la qualité que doit offrir cette information et les modalités d'accès. Une autre solution reviendrait à envisager l'élargissement de la notion de "service universel" développée en matière de téléphonie vocale, qui ne serait plus limitée à un service technique (le transport de la voix ou même d'autres services) mais inclurait le droit d'accès à certains contenus en informations (droit d'accès à certains programmes ou à certaines bases de données, par exemple)<sup>110</sup>.

#### 4.2.4. La sauvegarde du pluralisme<sup>111</sup>

Le maintien du pluralisme risque d'être menacé par la modification de l'organisation du marché qui devrait résulter de la convergence entre les technologies de l'audiovisuel et des télécommunications qui caractérisera la société de l'information de demain<sup>112</sup>. En effet, l'émergence de la société de

<sup>108</sup> Voyez *supra* point 2.2.2.

<sup>109</sup> Voyez point 4.2.2.

<sup>110</sup> Voyez *supra* point 4.1. Cf. également : H. PERRITT, "President Clinton's NII initiative Community regained ?", *Chicago Kent Law Review*, 1994, p. 999 : "Access is an issue for content (information services) as well as for conduit (communications services)".

<sup>111</sup> Voyez *supra* point 2.1.1.

<sup>112</sup> Sur ce point, cf. V. WILLEMS, "Concentrations et pluralisme dans le domaine de l'audiovisuel. Enjeux à l'aube de la société de l'information", à paraître; A. SANCHEZ-TABERNERO, *La concentration des*

l'information s'accompagne d'une accélération des concentrations. Dès lors, les risques de prise de contrôle par un même groupe économique de nombreux canaux d'informations, d'une réduction des sources d'informations suite à la disparition ou à la fusion de certains médias ou encore d'une exclusion du marché de nouveaux acteurs ou d'acteurs plus faibles vont s'accroître.

Par ailleurs, les possibilités d'influencer le comportement des consommateurs de médias seront plus nombreuses suite au développement de systèmes de guidance destinés à guider le téléspectateur parmi la myriade de chaînes et d'informations accessibles.

Une observation préalable s'impose. La sauvegarde de la concurrence ne permet pas, à elle seule, de garantir le maintien du pluralisme. En effet, certaines situations susceptibles de se développer et mettant en danger le pluralisme peuvent ne pas être résolues par une application des règles de concurrence<sup>113</sup>, de sorte qu'il n'y a pas nécessairement coïncidence entre les deux objectifs, et que l'obtention de l'un ne garantit pas la réalisation de l'autre. Outre le niveau élevé des seuils prévus par le règlement n°4064/89 sur les concentrations<sup>114</sup>, ce dernier ne permet pas de prendre en compte le critère de l'affectation du pluralisme en tant que tel lors du contrôle de l'opération de concentration. Toutefois, les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la pluralité des médias dans les cas où la Commission n'engage pas de procédure contre une opération de concentration de dimension communautaire, pour autant que ces mesures soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire<sup>115</sup>.

Par ailleurs, le pluralisme peut être menacé alors qu'il n'y a pas d'entrave significative à une concurrence effective dans le marché commun. Cette absence d'entrave pourrait résulter du caractère très segmenté des marchés de produits tels que définis par les autorités européennes<sup>116</sup>. Ainsi, dans l'affaire MSG Media Service<sup>117</sup>, la Commission a précisé que le marché de la télévision payante devait être distingué de celui de la télévision commerciale financée par la publicité et de celui de la télévision publique, en raison des différences existant dans les conditions de concurrence et dans le contenu des émissions sur

*médias en Europe-L'entreprise commerciale et l'intérêt général*, Collection Médias Monographie, Dusseldorf, Institut européen de la Communication Ed., 1993.

<sup>113</sup> Sur ce point, voir l'analyse faite par la Commission dans son Livre Vert sur le pluralisme et la concentration des médias dans le marché intérieur, des limites à la coïncidence d'intérêts entre le maintien de la concurrence et celui du pluralisme, COM (92) 480 final, pp. 86 et s.

<sup>114</sup> Règlement n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, p. 1.

<sup>115</sup> Article 21§3 du règlement n°4064/89.

<sup>116</sup> Voyez *supra* point 3.2.

<sup>117</sup> Décision de la Commission du 9 novembre 1994 relative à une procédure d'application du règlement n° 4064/89 du Conseil (Affaire No IV/M.469 - MSC Media Service), *J.O.C.E.*, n° L 364 du 31 décembre 1994.

ces trois marchés. Par ailleurs, au sein de la télévision payante, il conviendra peut-être, à l'avenir, de distinguer le marché des services suivant leur degré d'interactivité, la "near video on demand" et la "video on demand" relevant dès lors de marchés distincts. En conséquence, une fusion entre un organisme de radiodiffusion à péage traditionnel et une société produisant des services de "video on demand" ou des bases de données interactives ne pourrait entraîner d'entrave à la concurrence, faute d'une définition plus large du marché des produits.

Le maintien du pluralisme en tant que garant de la diversité des informations disponibles pour le public et donc de la démocratie et en tant que reflet des spécificités culturelles européennes peut s'apprécier d'un point de vue externe, par l'examen du nombre de radio-télévisions et surtout du nombre de "contrôleurs" de celles-ci, de même que par la répartition de l'audience et d'un point de vue interne, par l'examen du contenu des programmes diffusés. Il convient de noter qu'aucun de ces critères n'apparaît parfaitement adéquat pour mesurer et assurer la diversité des sources d'information. Le critère du nombre de chaînes ne tient pas compte des contrôleurs de ces chaînes, celui de l'audience méconnaît le fait que celle-ci est dépendante du type d'information transmise tout en présentant l'avantage d'apprécier les effets des concentrations directement sur les téléspectateurs; enfin, celui du nombre de contrôleurs des organismes de radiodiffusion met l'accent sur l'indépendance financière et statutaire des "contrôleurs" des médias les uns par rapport aux autres.

#### 4.2.4.1. *L'aspect externe du pluralisme : la diversité des chaînes et le contrôle de l'actionnariat, la répartition de l'audience*

Étant donné que la sauvegarde de la concurrence ne permet pas, à elle seule, de garantir le maintien du pluralisme, des réglementations nationales restent nécessaires pour garantir l'aspect externe du pluralisme, que les opérations de concentration aient ou non une dimension communautaire. Il existe actuellement des réglementations nationales de ce type, extrêmement divergentes selon les États membres, qui limitent les participations croisées entre les entreprises relevant du secteur de la presse et de la radiodiffusion sonore ou télévisuelle ou qui limitent la participation maximale d'un seul actionnaire au capital de ces entreprises. Toutefois, ces réglementations prennent rarement en compte la menace éventuelle pour le pluralisme pouvant résulter de l'entrée sur le marché du multimédia de nouveaux acteurs tels les opérateurs de télécommunications, les propriétaires des réseaux câblés de télédistribution, les propriétaires des satellites de télédiffusion et les entreprises du secteur de l'électronique grand public.

Une harmonisation européenne de ces réglementations semble souhaitable dans la mesure où la disparité existante peut constituer un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur des médias. Telle est la position de la Commission européenne<sup>118</sup> clairement exprimée dans une Communication du 5 octobre 1994 qui intègre le développement des nouvelles technologies au cœur de son raisonnement. Selon la Commission européenne, la disparité des réglementations nationales dissuade les investissements directs dans les entreprises de média, de même que l'exercice du droit d'établissement. D'une part, elle crée une insécurité juridique quant à la légitimité d'une éventuelle mesure nationale qui refuserait une autorisation de radiodiffusion en raison de la participation dans le capital d'une société de média établie dans un autre État membre. D'autre part, elle crée des restrictions de concurrence et amène les opérateurs à identifier les perspectives d'investissement en fonction du cadre réglementaire national et non en fonction des perspectives de marché, ce qui a pour conséquence l'absence d'investissements sur certains marchés protégés par ce biais de la concurrence de nouveaux opérateurs. Par ailleurs, la disparité fait peser une insécurité juridique sur la libre circulation des émissions puisqu'un État membre peut restreindre cette libre circulation en cas de contournement si la mesure adoptée est proportionnelle à l'objectif poursuivi. De plus, la disparité expose les opérateurs à des distorsions de concurrence.

Cette harmonisation devrait s'accompagner d'une refonte des règles traditionnelles afin de permettre à tous les acteurs concernés de pouvoir entrer sur le marché en concluant des alliances entre eux, tout en veillant à conserver la diversité de l'actionnariat nécessaire au pluralisme. Cet aspect de la problématique est également mis en exergue par la Commission européenne dans sa Communication d'octobre 1994. Y est soulignée l'inadaptation du cadre réglementaire actuel conçu à une époque caractérisée par la rareté des fréquences et dès lors la nécessité de recourir à des critères mieux adaptés au nouvel environnement technologique de même que celle de prendre en considération de nouvelles questions telles que l'accès aux nouvelles technologies.

Une autre condition du maintien du pluralisme externe est la possibilité pour les entreprises de médias d'obtenir des recettes publicitaires suffisantes pour assurer leur survie et leur rentabilité. À l'avenir, il est vraisemblable que la publicité sera de plus en plus ciblée entre les différentes chaînes spécialisées et que ses recettes se disperseront entre celles-ci. D'autres moyens de

<sup>118</sup> Livre Vert de la Commission du 23 décembre 1992, "Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur - Évaluation de la nécessité d'une action communautaire, COM(92) 480 final; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 5 octobre 1994 sur les suites à donner au processus de consultation relatif au Livre Vert "Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur - Évaluation de la nécessité d'une action communautaire", COM(94) 353 final.

financement devront être trouvés et on peut s'attendre à un développement de médias à péage, du type "pay-per-view" ou "video on demand", avec les dangers que cela peut entraîner pour la fourniture d'un service universel.

#### 4.2.4.2. *L'aspect interne du pluralisme : le contrôle du contenu des programmes et la sauvegarde de la production européenne*

Diverses questions doivent être posées. D'une part, la convergence entre les technologies des télécommunications et de l'audiovisuel va mettre en présence des réglementations se caractérisant par une action sur le contenu de ce qui est diffusé et de ses éventuels effets nocifs (audiovisuel) et des réglementations ne prenant pas en compte cet aspect (télécommunications). Afin d'éviter un contournement des règles actuelles sur le contenu des émissions télévisuelles par le recours à un autre support de transmission, une nouvelle approche, indépendante de la technologie utilisée, devra être adoptée dans le respect des diversités culturelles nationales et du principe de subsidiarité.

D'autre part, l'utilisateur ayant le choix total de sa programmation, il ne sera plus possible de contrôler l'application des règles sur les quotas figurant dans la directive "Télévision sans frontières"<sup>119</sup> et la survie de la production européenne nécessitera plus que jamais une augmentation des aides à la production. A cet égard, le Traité sur l'Union européenne constitue un pas en avant puisque le nouvel article 92 du Traité de Rome prévoit la compatibilité de principe avec le marché commun des aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine. Par ailleurs, le nouvel article 128 du Traité prévoit que l'action de la Communauté pourra compléter celle des États membres dans le domaine de la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel.

#### 4.3. LA DÉMOCRATIE ÉLECTRONIQUE OU QUELQUES IDÉES POUR UTILISER L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION AU SERVICE DE LA DÉMOCRATIE

Autour de ce thème, trois ordres de préoccupations seront successivement envisagés.

<sup>119</sup> Voyez *supra* point 3.1.1.

Premièrement, nous avons déjà souligné<sup>120</sup> combien la réflexion sur les autoroutes de l'information avait stimulé une revitalisation des lois d'accès aux documents administratifs ("*Freedom of Information Acts*"). Grâce à la transparence de l'action administrative que ces lois assurent, elles apparaissent comme la condition indispensable de l'expression libre et éclairée de chacun dans une société démocratique (4.3.1.)

Deuxièmement, ces mêmes technologies offrent aux citoyens la possibilité d'être consultés voire d'intervenir de manière plus directe dans tous les processus de décision, en particulier au niveau local (4.3.2.).

Troisièmement, l'utilisation par les partis politiques des possibilités offertes par les nouvelles technologies suscite bien des espoirs mais également des craintes qui justifient la définition de certaines règles du jeu (4.3.3.).

#### 4.3.1. L'accès à l'information publique et sa traduction comme préalable à la libre expression

La liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales suppose pour être effective, une obligation tant active que passive à charge de l'État, obligation d'informer tant sur l'action entreprise que sur celle à entreprendre<sup>121</sup>. Cette assertion fonde le principe même de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques<sup>122</sup>, recommandation qui a trouvé son prolongement dans les multiples lois nationales dites de "*Freedom of Information*"<sup>123</sup>.

Sous l'impulsion de la "*National Information Infrastructure Policy*" américaine, se sont mises en place un peu partout aux États-Unis, surtout au niveau local, des technologies simples qui, à partir de guichets automatiques, permettent d'exercer les droits prévus par ces législations de manière à la fois plus efficiente et plus effective. Ainsi, peut-on obtenir directement des informations et services (état civil, service des impôts, sécurité sociale) de la part de municipalités et ce à partir de chez soi ou de guichets situés en divers points de la ville.

<sup>120</sup> *Supra* points 2.2.2. et 4.2.3.2.

<sup>121</sup> A ce propos, voy. les réflexions et références de C. de TERWANGNE, H. BURKERT et Y. POULLET, étude précitée.

<sup>122</sup> Recommandation du Comité des Ministres n° R (81) 19 du 25 novembre 1981 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques.

<sup>123</sup> du nom de la loi américaine. Voyez : H. PERRITT, "Federal Electronic Information Policy", 63, *Temp. L. Rev.*, 1990, p. 201-250. Ce dernier déduit de la loi d'accès, l'obligation positive pour l'Administration de mettre à disposition du public des services électroniques d'information variés sur base des informations collectées et traitées par l'Etat (informations statistiques, routières, météorologiques, registre de commerce, etc.).

Ainsi, on peut concevoir que les citoyens puissent, grâce à l'interactivité des réseaux, interroger directement l'Administration sur des procédures qui les concernent et accomplir celles-ci sans déplacement (un permis de bâtir, une inscription à un registre de commerce, etc.). Il s'agit ainsi d'assurer la possibilité d'un contrôle continu de l'action de l'Administration dans les dossiers concernant les citoyens.

Dans un rapport récent, le Professeur Rodota<sup>124</sup> décrit comme suit l'innovation américaine : "Aux États-Unis, à côté de l'expérience Internet et d'autres grands réseaux télématiques, on compte de multiples expériences locales, dont la plupart sont gérées par des organisations privées de *"civic networking"*. Presqu'une centaine de villes américaines sont dotées de *Civic Networks* opérationnels (réseaux d'informatique civique) ou de *FreeNets* (réseaux auxquels on peut accéder gratuitement ou à très bon marché) et, pour coordonner leur développement, elles se sont associées en un "réseau des réseaux", le *National Public Telecomputing Network* (NPTN). Ces organisations ne prévoient pas seulement l'accès à Internet, mais elles relient en outre les citoyens à des bureaux publics, à des bibliothèques, à des archives, à des écoles, à des universités, à des centres de recherche, à des hôpitaux, à des entreprises. Le but principal de l'opération est d'offrir aux usagers une série de services qui concernent le gouvernement et l'activité législative, l'administration et la politique, outre les intérêts sociaux, sanitaires, éducatifs et économiques.

La distribution d'informations et de services gouvernementaux comprend l'accès à des bases de données gouvernementales et à des informations législatives (y compris le texte *in extenso* de lois et de documents), administratives, géographiques, démographiques, statistiques. Il faut y ajouter la possibilité de communiquer directement avec les élus par courrier électronique, de s'inscrire sur des listes d'adresses spéciales et de participer à des conférences et à des débats dans un environnement électronique. Pour ne citer que quelques exemples : l'Hawaii FYI organise des assises électroniques auxquelles participent également des membres du Parlement; le *Center for Civic Networking* organise les *Cambridge Civic Forums* qui, tous les mois, traitent d'un sujet susceptible d'intéresser l'opinion publique; le *National Public Telecomputing Network* relie par courrier électronique les électeurs et les élus; *CapAccess* organise des rencontres publiques et des conférences spéciales sur des sujets qui revêtent un intérêt collectif particulier; le *Columbia On-Line Information Network* permet à ses usagers de s'inscrire sur des "discussion lists" variées.

<sup>124</sup> S. RODOTA, "Démocratie électronique", Rapport général, Conseil de l'Europe, Séminaire sur la "Démocratie électronique", 23-24 mars 1995, Sénat, Palais du Luxembourg, Paris.

Le cas le plus connu au niveau local reste en tous cas celui du *Public Electronic Network* (PEN) de Santa Monica, opérationnel depuis 1989, considéré comme l'une des expériences les plus avancées de démocratie électronique. Les citoyens peuvent y recourir comme source d'informations, comme service de courrier électronique entre citoyens et entre citoyens et administration, comme tableau d'affichage électronique pour participer à des débats sur des sujets variés et aux délibérations du Conseil des commissions communales."

Nous retrouvons ici l'obligation de "service universel", d'accès électronique à l'information et du service public à charge de l'Administration. Cette obligation du secteur public de mettre à disposition les archives publiques, les services et l'information nés de l'activité administrative ou gouvernementale, ne signifie pas que l'ensemble des activités y relatives doive nécessairement être le fait de l'État lui-même : les règles de la concurrence et la définition du cahier des charges peuvent être une autre manière de rendre ce service universel.

Ceci dit, on insistera sur le rôle tant éducatif que de promotion égalitaire d'accès, que peuvent jouer les bibliothèques publiques. Des guichets électroniques et des services d'assistance à l'interrogation de multiples sources d'information pourraient y être installés afin d'assurer à tous l'utilisation de ce service "universel"<sup>125</sup>.

Enfin, les nouvelles technologies de l'information et de la communication peuvent promouvoir le débat politique démocratique. Certains mouvements de citoyens oeuvrent en ce sens; ainsi, l'*"Electronic Frontier Foundation"* organise sur Internet des *"Communications Policy Forums"* et entend promouvoir la défense des libertés publiques à l'ère électronique. Cette association privée oeuvre pour la création d'un *"National Public Civil Networking"* qui a pour but de mettre à disposition des citoyens américains des services d'information "à des coûts qui ne séparent pas la société entre possesseurs d'informations (*informations haves*) et non possesseurs d'informations (*information have nots*), selon des modalités qui ne compromettent pas notre adhésion aux principes depuis toujours privilégiés de la diversité, de la compétition et du bien commun. Cette fondation est notamment à la base d'une *"Magna Carta for an Electronic Age"*<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> A cet égard, les réflexions de Y. POULLET, "Vers un service universel d'informations publiques", Rapport présenté au Séminaire "Droit d'accès et commercialisation des données publiques", Luxembourg, 26 et 27 juin 1995, à paraître.

<sup>126</sup> Il s'agit de réflexions communes d'une douzaine d'auteurs, en particulier : E. DYSON, G. GILDER, G. KEYWORTH, A. TOFFLER, publiées via Internet (adresse : The Electronic Frontier Foundation) et intitulées : "Cyberspace and the American Dream : A magna carta for the knowledge Age".

#### 4.3.2. L'amélioration de la participation directe des citoyens aux décisions publiques<sup>127</sup>

L'interactivité des réseaux permet de concevoir ces derniers comme un outil de meilleur dialogue entre les citoyens, d'une part, les décideurs et les *lobbies*, d'autre part. Dès maintenant, Internet offre de nombreux "*Bulletin Board Systems*" où s'échangent des messages autour de questions d'intérêt général qu'elles soient locales, nationales ou internationales, thématiques ou non. Des "*Electronic Townhalls*" ont été mis en place tant par des organisations privées<sup>128</sup> que publiques. En particulier, des municipalités<sup>129</sup> y voient une possibilité de consulter leurs citoyens sur certains projets, cette consultation étant opérée soit auprès d'un échantillon permanent de citoyens soit auprès de l'ensemble de la population amenée à réagir par courrier électronique<sup>130</sup>. Cette pratique du référendum électronique n'est pas sans susciter des appréhensions. Certes, on peut y voir une forme poussée de démocratie directe, complémentaire de la démocratie représentative mais on connaît les dérives de ce type de démocratie, dérives que l'aspect "*push button*" risque d'accroître encore.

Le fait que l'accès aux technologies sera réservé à certaines catégories de citoyens est un premier argument. La rédaction des questions soumises à ces référendums et le choix des problèmes soumis à ce type de démocratie soulèvent des craintes de manipulations de l'opinion publique. Les risques, d'une part, que la technologie banalise ce type de consultations et, d'autre part, que l'interactivité par écran interposé prive le citoyen isolé du recul nécessaire et d'un débat public pour appréhender la portée de la question qui lui est

<sup>127</sup> Sur ce sujet, voyez :

- J. ABRAMSON, "L'électronique au service du citoyen : nouveau moyen de promouvoir la démocratie", Conseil de l'Europe, Commission des relations parlementaires et publiques, Séminaire sur la "Démocratie électronique", 23 et 24 mars 1995, Paris.

- S. BONAGA, "Le projet 'citycard' de Bologne", Conseil de l'Europe, Commission des relations parlementaires et publiques, Séminaire sur la "Démocratie électronique", 23 et 24 mars 1995, Paris.

- A. VITALIS, "Contrôle politique et démocratisation des technologies nouvelles", Conseil de l'Europe, Commission des relations parlementaires et publiques, Séminaire sur la "Démocratie électronique", 23 et 24 mars 1995, Paris.

- K. KRZYSZTOFEK, "Les technologies de l'information dans les nouvelles démocraties", Commission des relations parlementaires et publiques, Séminaire sur la "Démocratie électronique", 23 et 24 mars 1995, Paris.

<sup>128</sup> Ainsi le "*Centre for Civic Networking*", organisation privée américaine non commerciale dont l'objectif est précisément le développement des services offerts par les gouvernements locaux, l'amélioration de l'accès à ces services et la mise en place d'"*Electronic Townhalls*" permettant une participation toujours plus importante des citoyens à la vie politique.

<sup>129</sup> Ainsi, de nombreuses expériences de ce type ont été menées aux Pays Bas (Delft, Rotterdam, et surtout Amsterdam : "de Digitale Stad").

<sup>130</sup> A ce propos, voyez les propositions futuristes de J.B. ABRAMSON, rapport précité.

soumise et pour y réagir, constituent d'autres éléments de la critique fondamentale adressée à ce mode électronique de consultation.

Sans doute, des règles éthiques et normatives devraient être édictées à ce propos. Ainsi, dans toutes les hypothèses, l'obligation d'indiquer clairement le but, les modalités, les conséquences et le responsable de l'organisation de la consultation opérée, l'interdiction d'enregistrer les données personnelles résultant du sondage ainsi effectué devraient être affirmées; dans les cas où la consultation électronique est organisée par une autorité publique, les obligations suivantes devraient être imposées :

- obligation de soumettre préalablement le questionnaire à une discussion au sein des organes de démocratie représentative; le cas échéant, obligation de rendre accessible les remarques opérées par chaque courant d'opinion sur le questionnaire soumis à la consultation;
- obligation de publier préalablement le questionnaire et les dites réflexions par voie électronique et par d'autres voies;
- obligation de prévoir d'autres modalités de consultation que la seule voie électronique;
- obligation de publier de manière complète les résultats du référendum (en particulier nombre de personnes ayant répondu, modalités d'interrogation, etc.).
- interdiction de fonder une décision sur les seuls résultats d'une consultation électronique<sup>131</sup>

#### 4.3.3. L'utilisation par les partis politiques des nouvelles technologies de l'information et de la communication

Quelques exemples récents témoignent de l'importance prise par les médias électroniques dans la diffusion des messages politiques des partis. Le cas "Berlusconi" est souvent cité mais au-delà, c'est progressivement chaque parti qui se dote de serveurs électroniques et organise la communication d'informations, voire le débat sur tel ou tel thème, *via* des systèmes électroniques<sup>132</sup>.

Certains auteurs<sup>133</sup> n'hésitent pas à dénoncer les dangers de cette médiatisation de la politique qui court-circuite les formes traditionnelles

<sup>131</sup> A ce propos, on peut songer à l'interdiction reprise notamment par le projet de directive européenne en matière de protection des données, de fonder une décision vis-à-vis d'une personne sur le seul fondement d'un traitement automatisé.

<sup>132</sup> Outre les réflexions de S. RODOTA précitées, on se référera à celles de A.J. CAMPBELL, "Political Campaigning in the Information Age : A proposal for protecting Political Candidates. Use of on Line Computer Services", 38, *Vill. L. Review*, 517, 1993.

<sup>133</sup> Voyez en particulier : S. RODOTA, "Démocratie électronique", *op. cit.*; H. PERRITT, "President Clinton's NII initiative : Community regained ? ", *op. cit.*, pp. 1001 et s.

d'apprentissage politique, conduit à une simplification à outrance du message en une vision populiste et surtout entraîne une formation individualisée à l'opinion politique en dehors des lieux communautaires (*meetings* électoraux, etc.) où traditionnellement cette opinion se forgeait.

Que ces dérives puissent exister, exige que nos programmes éducatifs scolaires contiennent désormais des cours d'analyse critique des messages véhiculés par les nouveaux médias. Au-delà, il importe que l'accès aux nouveaux médias soit garanti à chaque courant d'opinion et que, de la même manière que des quotas sont institués pour les programmes électoraux des partis dans les médias classiques, des règles similaires soient prises pour les nouveaux médias. Ainsi, on songe à l'obligation que la nature de tels messages et l'auteur de ceux-ci soient clairement identifiés, que le citoyen puisse accéder, *via* un serveur unique, à l'ensemble des messages électoraux des différents partis et que l'anonymat dans la consultation de ces programmes soit garanti.